Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

ABHANDLUNG
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

KURT KÜHNEL
Gerichtsreferendar aus Krefeld.

1 9 3 7

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht des Professors Dr. Rauch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS.

Einleitung:

§ 1. Das Problem 1

Erster Abschnitt: Die Rechtslage vor dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

§ 2. Die Lösung des Problems nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 4

§ 3. Die Stellungnahme der Literatur 11

§ 4. Die Stellungnahme der Rechtsprechung 17

§ 5. Der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 19

Zweiter Abschnitt: Die Lösung des Problems nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

§ 6. Das AOG als Grundgesetz der nationalen Arbeit . . 21

§ 7. Der Bedeutungswandel des Arbeitsverhältnisses nach dem AOG 25

§ 8. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses 30

§ 9. Das Arbeitsverhältnis bei unwirksamem Arbeitsvertrag und seine Bedeutung im Arbeitsrecht 33

§ 10. Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag, wenn eine Betriebsordnung vorliegt 37

§ 11. Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag, wenn eine Tarifordnung vorliegt 42

§ 12. Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag, wenn BetrO. und TarifO. fehlen 45

Schluß:

§ 13. Bedenken und Kritik 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552321_0072

VERZEICHNIS DES SCHRIFTTUMS.

A. Schrifttum vor dem AOG:

Amtsberg: Das Beschäftigungsverhältnis — ein Novum? NZfAR 1931, 681 ff.
Anschütz und Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts. Tübingen 1932.
Bauer: Arbeiterschutz und Arbeitsrecht. 4. Aufl. Berlin 1924.
Baum: Recht des Arbeitsvertrages, Leipzig 1911.
— Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Berlin 1912.
Bewer: Arbeitsentgelt bei nichtigem und fehlendem Arbeitsvertrage. Leipz. Zeitschrift 1924, S. 320 ff.
— Zur Angemessenheit des Arbeitsentgelts. Gruch. Beitr. 67, 248 ff.
Bodmann: Das Arbeitsrecht der Dirne. ArbR 1925, S. 803 ff.
Bovensiepen: Verstöße gegen gute Sitte im Arbeitsverhältnis. ArbR 1922, S. 197 ff.
Denkschrift zum Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, 28. Sonderheft zum RArbBl. 1923.
Dersch: Kommentar zum BRG. 2. Aufl. Mannheim 1922.
— Das neue Angestelltenversicherungsgesetz. 3. Aufl. Mannheim 1926.
— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen. ArbRPrax. 1930, S. 142 ff., 181 ff.
— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht. NZfAR 1931, 155 ff.
— Der Arbeitsvertrag im neuen Staat. DArbR 1933, S. 9ff.
Dersch-Volkmar: ArbGG-Kommentar. 4. Aufl. Mannheim 1931.
Duwe: Arbeitszeitvorschriften und Nichtigkeit. NZfAR 1925, S. 267 ff.
Elster: Lexikon des Arbeitsrechts. Jena 1910.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts, Allg. Teil. 13. Aufl. Marburg 1931.
Erdel: Das Arbeitsrecht, 2. Teil: Individuelles Arbeitsrecht, Leipzig 1924.
Erpenbach: Die Behandlung der Überzeitarbeit. Kölner Diss. 1922.
Feig: Vom Werden des deutschen Arbeitsrechts. RArbBl. 1923 NAT S. 74 ff.
Friedrichs: Gesetzliche Verbote und Nichtigkeit im Dienstvertrag. ArbR 1924, S. 891 ff.
— Einführung in die Stellung. ArbR 1928, S. 13 ff.
v. Gierke, Otto: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
— Die Wurzeln des Dienstvertrages. In Festschrift für Brunner 1914.
— Deutsches Privatrecht. Bd. III. München und Leipzig 1917.
Goerrig: Das Arbeitsrecht des neuen Deutschland, 2. Aufl. 1919.
Groh: Deutsches Arbeitsrecht. Breslau 1924.
Harmsen: Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen. Berlin 1925.
Herzog: Quantitative Teilnichtigkeit. Göttingen 1926.
— Keine Vollnichtigkeit wucherischer Arbeitsverträge mit Hungerlöhnen. ArbR und Schlichtung 1929, S. 327 ff.
Hoeniger-Schultz-Wehrle: Jahrbuch des Arbeitsrechts.
Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts. Stuttgart 1922.
— Heilung nichtiger Verträge durch Tarifvertrag. ArbR 1923, S. 347 ff.
— Zum Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes. DJZ 1924, S. 437 ff.
— Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze. Jherings Jahrb. 74, S. 358 ff.
— Die Rechtsprechung des RG zum Arbeitsvertragsrecht (1919—1926). In Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey. Mannheim 1926.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. 3.—5. Aufl. 1931/2.

Jacobi: Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1926.
— Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe. Leipzig 1926.
— Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.
Jadesohn: Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands. Berlin 1924.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht. 4. Aufl. Berlin 1932.
Kausen: Ist Beschäftigung im Betrieb eine vom Arbeitsvertrag unabhängige Rechtsfigur? ArbGer. 1930, S. 428 ff.
— Über das Verhältnis des tatsächlichen Beschäftigtseins zum Einzelarbeitsvertrag. ArbR 1930, S. 672 ff.
— Das Beschäftigungsverhältnis als Rechtsbegriff. NZfAR 1931, S. 145 ff.
Kreller: Zum Entwurf des Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Arch. ziv. Prax. Bd. 122. S. 1 ff.
— Einstellungsvertrag und Einzelvereinbarung von Arbeitsbedingungen. ArbR 1924, S. 873 ff.
Landmann-Rohmer: Kommentar zur GewO. 2. Bd. 2. Teil München 1932.
Lehmann: Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts. Köln 1922.
— Allgemeiner Teil des BGB. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Leonhardt: Die Anfechtung von Arbeitsverträgen wegen Irrtums. Kölner Diss. 1933.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902/08.
Mainzer: Betrieb und Betriebszugehörigkeit. Weimar 1933.
Mantel-Schneider: Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Berlin 1921.
Marcus: Einfluß nichtiger Einzelabreden auf die Wirksamkeit kaufmännischer Engagementsverträge. DJZ 1899, S. 417 ff.
Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts. Mannheim 1923.
Menger: Das bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Klassen. 1904.
Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht. Berlin und Leipzig 1923.
Molitor: Die inhaltliche Bestimmung des Arbeitsvertrages. NZfAR 1924, S. 321 ff.
— Zur Geschichte des Arbeitsvertrages. ZHR Bd. 87, S. 371 ff.
— Das Wesen des Arbeitsvertrages. Leipzig 1925.
— Arbeitnehmer und Betrieb. Marburg 1929.
— Tarifvertragsverordnung, Kommentar. Berlin 1930.
— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht. NZfAR 1931, S. 109 ff.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim 1925.
Molitor-Richter-Hueck: Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes. RArbBl. NAT 1924, S. 79 ff., 143 ff., 201 ff., 230 ff., 260 ff.
Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. Berlin 1926.
— Arbeitsrecht. Berlin 1930.
— Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum Arbeitsvertragsrecht und Arbeitszeitrecht. Der Arbeitgeber 1930, S. 372 ff.
— Der Anstellungsvertrag. Jherings-Jahrb. Bd. 80, 1 ff.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim 1924.
— Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts. Reichsgerichts-Festgabe Bd. IV, S. 203 ff.
Oertmann: Hungerlöhne und Arbeitsvertrag. DJZ 1913, S. 254 ff.
— Der Arbeitslohn. Berlin 1921.
— Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
— Kommentar zum BGB. Allg. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
— Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1929.
Oppermann: Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses. ArbR 1926, S. 29 ff.
Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. 4. Aufl. Berlin 1913.
— Kommentar zum BGB. II. Bd. 4. Aufl. Berlin 1928.

Potthoff: Programm eines Reichsarbeitsgesetzes. DJZ 1908, S. 1302 ff.
— Probleme des Arbeitsrechts. Jena 1920.
— Wörterbuch des Arbeitsrechts. Stuttgart 1920.
— Die Bestimmungsgründe des Arbeitsvertrages. JW 1921, S. 1285 ff.
— Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag. DRZ 1921, S. 312 ff.
— Wesen und Ziel des Arbeitsrechts. Berlin 1922.
— Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag. ArbR 1922 Heft 1.
— Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? ArbR 1922, Heft 5.
— Das natürliche Rechtssystem der Arbeit. ArbR 1922, Heft 7/8.
— Das Arbeitsverhältnis. ArbR 1922, 369 f.
— Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis. ArbR 1923, S. 419 f.
— Straflose Überarbeit, Überstundenvertrag und Mehrleistungspflicht. NZfAR 1925, S. 582 ff.
— Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Leipzig 1925.
— Die gesetzliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses. DRZ 1926, S. 47 f.
— Arbeitsvertrag und Anstellungsvertrag. ArbR 1927, 179 ff.
— Arbeitsrecht und BGB. ArbR 1927, S. 378 f.
— Zur jüngsten Entwicklung des Arbeitsvertragsrechtes. DJZ 1927, S. 1656 ff.
— Die Rechtsform des Arbeitsverhältnisses. JW 1927, S. 225 ff.
— Nicht Vertrag mit dem Arbeitgeber, sondern Beschäftigung im Betriebe ist die Grundlage des Arbeitsverhältnisses. ArbRPrax. 1928, S. 5 ff.
— Arbeitsrecht. Berlin 1928.
— Die „Entthronung" des Arbeitsvertrages. NZfAR 1931, S. 283 ff.
Preibisch: Arbeitsrecht, Arbeitsvertrag, Arbeitsgericht. DRZ 1924, S. 415 ff.
Priebe: Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag. ArbR und Schlichtung 1931, S. 118 ff.
— Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis. ArbR 1931, S. 403 ff.
Reichsgerichtsräte: Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 1, 8. Aufl. 1934.
Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Erlangen 1923.
— Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928.
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Schwenck: Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleiseten Dienste? Leipziger Diss. 1929.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB. Stuttgart 1903.
Sinzheimer: Ein Rechtssystem der Arbeit. Arch. bürg. Recht Bd. 34, S. 291 ff.
— Grundzüge des Arbeitsrechts. Jena 1921.
— Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht. ArbR 1922, Heft 1.
— Die Idee des Arbeitsrechts. ArbR 1923, S. 721 ff.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Allg. Teil. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1925.
— Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse 2. Teil, 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1928.
Stier-Somlo: Reichsversicherungsordnung. München 1929.
Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. 2, S. 545 ff. Leipzig 1918.
Vallbracht: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses im geltenden deutschen Recht und in dem Entwurf von 1923. Gießener Diss. 1927.
Walsmann: Verzicht. Leipzig 1912.
Weigelt: Das Recht des Arbeitsvertrages im nationalsozialistischen Staate. ArbR u. Volkstum 1933, S. 295 ff.
Weimar: Der nichtige Arbeitsvertrag. Kölner Diss. 1929.
Zinkann: Der Lohn bei nichtigen Arbeitsverträgen. Göttinger Dissertation 1933.

B. Schrifttum nach dem AOG:

Anraths: Abhängigkeit und Führungsrecht im Dienstverhältnis. DArbR 1935, S. 130 ff.

Bärwinkel-Leue: Gedanken zum AOG. JW 1934, S. 596 ff.

Bodmann: Einige grundsätzliche Fragen zum Arbeitsvertragsrecht. ArbR und Volkst. 1935, S. 72 ff.

Crone: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. München, Berlin und Leipzig 1934.

Denecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis. DArbR 1934, S. 219 ff.

— Betrieb u. Unternehmen im neuen Arbeitsrecht. DArbR 1936, S. 14 ff., 43 ff.

Dersch: Das AOG, Kommentar. Berlin 1934.

— Die Rechtsnatur der Tarifordnung und der Betriebsordnung und ihre praktischen Auswirkungen. DArbR 1934, 65 ff.

— Der Kleinbetrieb in der neuen Arbeitsverfassung. DArbR 1934, S. 176 ff.

— Werdendes Arbeitsrecht. DArbR 1935, S. 187 ff. und ZAkfDR 1935, S. 368 ff.

— Grundsätzliches über die Neugestaltung der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht. ZAkfDR 1935, S. 902 ff.

— Grundsätzliches über eine künftige Neuregelung der Zeugnisausstellung im Arbeitsrecht. DArbR 1936, S. 67 ff.

— Wandlungen der Auskunfterteilung im Arbeitsrecht. NSSozPol. 1936, S. 606.

— Neuorientierung der Schadenshaftung aus Unrecht im Arbeitsverhältnis. ZAkfDR 1936, S. 1033 ff.

Ebel: Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im Mittelalter. Weimar 1934.

— Zum Ursprung des Arbeitsvertrages. ZStaatsW. 1936, S. 319 ff.

Fechner: Führertum und Unternehmertum im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bonn 1937.

Fröde: Das Vorrecht der Betriebsordnung. NSSozPol. 1934, S. 51 ff.

Ganser: Die Tarifordnung nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kölner Diss. 1935.

von der Goltz: Das arbeitsrechtliche Ruhegehaltsverhältnis als Teil des Arbeitsvertrages. Festschrift für Schlegelberger 1936, S. 312 ff.

Grussendorf: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin.

Hentschel: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses. DArbR 1936, S. 299 ff.

Herbst: Der Treudienstvertrag. DArbR 1935, 181.

Herschel: Betriebsordnung, Treuhänder der Arbeit und Tarifordnung. ArbR und Volkst. 1934, S. 58 ff.

— Neues Arbeitsrecht. 4. Aufl. 1936.

Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.

Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung. JW 1934, S. 1017 ff.

— Die Arbeitsverfassung des völkischen Reiches. ZAkfDR 1937, S. 73 ff.

— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis. JW 1937, S. 1111 ff.

Hueck: Das Problem des Betriebsrisikos im neuen Arbeitsrecht. ZAkfDR 1935, S. 320 ff.

Hueck-Nipperdey-Dietz: AOG, Kommentar. München und Berlin 1934.

Joerges: Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer und Führer nach dem AOG. ArbR u. Volkst. 1934, S. 105 ff.

Kalckbrenner: Betriebsordnung und Tarifordnung. DR 1934, 463 ff.

Kallee: Kartenauskunftei des Arbeitsrechts.

Kausen: Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. DArbR 1934, S. 71 ff.

Kleinschmidt: Der Arbeitsvertrag mit Personen unter 25 Jahren. JW 1935, S. 3140 ff.

Klotz: Grundformen werdenden Arbeitsrechts. DArbR 1935, S. 226 ff.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Larenz: Die Wandlung des Vertragsbegriffes. DR 1935, S. 488 ff.
Lommel: Die Bedeutung des § 2 AOG für das Arbeitsschutzrecht. DArbR 1935, 207 f.
Mansfeld: Von der Ordnung der nationalen Arbeit. JW 1934, S. 593 ff.
— Vom Arbeitsverhältnis. ZAkfDR 1935, S. 906 ff.
— Vom Arbeitsvertrag. DArbR 1936, S. 118 f.
— Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. JW 1936, S. 481 ff.
— Fortbildung des Arbeitsrechts durch Tarifordnungen der Treuhänder der Arbeit. JW 1936, S. 1179 ff.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 2. Aufl. Berlin, Leipzig, Mannheim, München 1934.
Merkel: Beispiele zur Neubildung des Gemeinschaftsrechts. DJZ 1936, S. 228 ff.
Müller: Die Fürsorgepflicht im nationalsozialistischen Arbeitsrecht. NSSozPol. 1936, S. 177 ff.
Müllereisert: Der Arbeitsvertrag als Vertrag mit vorbetonter Gemeinschaftsfunktion. DArbR 1936, S. 94 ff.
Nehm: Betriebsordnung und Tarifordnung als Inhalt des diktierten Arbeitsvertrages. Erlanger Diss. 1935.
Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Leipzig 1934.
— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht. JW 1935, S. 1288 ff.
— Arbeitsrecht. 1. Halbband. 1936.
— Vom Arbeitsverhältnis. In Festschrift für Lehmann, 1937, Berlin, S. 285 ff.
Nipperdey: Das System des neuen Arbeitsrechts. ZAkfDR 1935, S. 911 ff.
— Die Arbeitspflicht der Gefolgschaftsangehörigen. DJZ 1936, S. 529 ff.
— Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft. DArbR 1937 S. 142 ff.
— Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip). Festschrift für Lehmann S. 257 ff. Berlin 1937.
Oppermann: Deutsche Rechtsgedanken in der neuen Arbeitsverfassung. DArbR 1934, S. 332 f.
— Das Ende des Gesetzesabsolutismus. JW 1936, S. 1182 ff.
— Der Gemeinschaftsgedanke im Arbeitsrecht. JW 1937, S. 5 ff.
Pracht: Das Arbeitsgerichtsgesetz. — Kommentar. Berlin 1934.
Rhode: Und doch Arbeitsvertrag? ZAkfDR 1936 S. 371 ff.
— Arbeitsverhältnis-Arbeitsvertrag. ZAkfDR 1937, S. 203 ff.
Richter: Unzulässige Mehrarbeit als Vertragsgegenstand? NSSozPol. 1934, S. 1 ff.
— Der Fürsorgegedanke im Arbeitsvertrag. NSSozPol. 1934, S. 77 ff.
Roeder: Tariflohnanspruch trotz Fehlens eines Arbeitsvertrages! ZAkfDR 1937, S. 340 ff.
Schlichting: Lohnregelung und Lohnschutz im neuen Staat. NSSozPol. 1934, S. 372 ff.
Schoan: Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliche Treuegemeinschaft. ZAkfDR 1936, S. 708 ff.
Schuhmann-Brucker: Sozialpolitik im neuen Staat. Berlin 1934.
Schwarz: Eigentum und Arbeitsverhältnis. DArbR 1935, S. 65 ff.
Sell: Das Arbeitsrecht und seine Reform. DR 1934, 450 ff.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Hamburg 1935.
— Der Einzelarbeitsvertrag. DR 1934, 461 f.
— Die Treue im Arbeitsrecht. DR 1934, S. 537 ff.
— Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Rechtsverhältnis. DArbR 1935, S. 95 ff.

Siebert: Die Treuepflicht als Grundlage des Arbeitsverhältnisses. NSSozPol. 1935, S. 331 ff.
— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis. DR 1935, S. 481 ff.
— Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses. DArbR 1936, S. 6 ff.
— Arbeitsverhältnis und Vertrag. ZAkfDR 1936, S. 93 ff.
— Die nationalsozialistische Ordnung der Arbeit. DR 1936, S. 101 ff.
— Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936. DArbR 1937, S. 14 ff., 44 ff.
— Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte der neueren Rechtsprechung. JW 1937, 1108 ff.
Syrup: Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften. Berlin 1934.
Thieme: Nationalsozialistisches Arbeitsrecht. DR 1935, S. 501 ff.
Wagner: Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages. Würzburg 1936.
Weigelt: Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis. ArbR u. Volkst. 1934, 5 ff.
— Die sozialpolitische Umgestaltung des Arbeitsvertrages durch das AOG. NSSozPol. 1934, S. 45 ff.
— Die sozialpolitische Neugestaltung des Arbeitsvertrages. NSSozPol. 1934, S. 269 ff.
Westermann: Rückwirkung und Nachwirkung von Betriebsordnung und Tarifordnung. NSSozPol. 1934, S. 239 ff.
Zimmer: Arbeitsvertrag und Einordnung in die Betriebsgemeinschaft. Breslauer Diss. 1935.
Zschucke: Verteilung von Arbeitskräften. DArbR 1934, S. 277 ff., 316 ff.

C. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

ArbR = Arbeitsrecht, Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausgegeben von Dr. Heinz Potthoff, Stuttgart. Erscheint nicht mehr.
ArbR u. Volkst. = Arbeitsrecht und Volkstum (früher Arbeitsrecht und Schlichtung), Zeitschrift für das Recht der deutschen Wirtschaftsstände. Herausgegeben von Dr. Ernst Joerges, Erfurt.
ArbR u. Schl. = Arbeitsrecht und Schlichtung, jetzt ArbR u. Volkst. s. o.
ArbGer. = Das Arbeitsgericht, „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", Monatsschrift des Arbeitsgerichtsverbandes, Berlin. Erscheint nicht mehr.
ArbRPrax. = Arbeitsrechtspraxis. Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung, Berlin. Erscheint nicht mehr.
DArbR = Deutsches Arbeitsrecht. Herausgegeben von Dr. Mansfeld. Deutsches Druck- und Verlagshaus, Mannheim.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
DR = Deutsches Recht.
DRZ = Deutsche Richterzeitung.
JW = Juristische Wochenschrift.
NSSozPol. = Monatshefte f. NS-Sozialpolitik, Herausgegeben von Peppler. Stuttgart.
NZfAR = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. Bensh. Verlag Mannheim. Erscheint nicht mehr.
ZAkfDR = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZHR = Zeitschrift für Handelsrecht.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
ROLG = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
ArbRSamml. = Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte. Herausgegeben von Dersch, Hueck, Mansfeld, Nipperdey, Peppler und Volkmar. Früher: Bensheimer Sammlung.

EINLEITUNG.

§ 1. Das Problem.

Die Abhandlung soll die Frage beantworten, welches Entgelt ein Arbeitnehmer für geleistete Arbeit beanspruchen kann, wenn sein Arbeitsvertrag unwirksam ist.

Vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts scheint hierin kein Problem zu liegen. Nach schuldrechtlichen Grundsätzen steht und fällt der Lohnanspruch mit einem wirksamen Arbeitsvertrag, bei nichtigem Vertrag kann also nur ein Ausgleich über den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB. stattfinden. Dieser Anspruch ist jedoch schwankend und unsicher und kann zu äußerst unbilligen Ergebnissen führen; so etwa, wenn der Unternehmer sich auf die beiderseitige Sitten- oder Gesetzwidrigkeit [1]) beruft oder den Wegfall der Bereicherung geltend macht und infolgedessen nach §§ 817 bzw. 818 BGB. jede Lohnzahlung verweigert. Nach bürgerlichem Recht ist Rechtsgrund des Lohnanspruchs der schuldrechtliche Vertrag im Sinne eines Verpflichtungsgeschäfts, das auf Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt gerichtet ist. Ist das Grundgeschäft nichtig, so fehlt den beiden Erfüllungsgeschäften die causa; es besteht daher keine Verpflichtung mehr, sie zu vollziehen, sind sie aber vollzogen, ist insbesondere die Arbeit geleistet, Lohn indessen noch nicht gezahlt worden, so erfolgt der Ausgleich auf dem Wege über die ungerechtfertigte Bereicherung. Das BGB. berücksichtigt dabei in keiner Weise, daß eine tatsächliche Arbeitsleistung in einem Betriebe stattgefunden hat, deren wirtschaftlicher Wert von dem Vorhandensein eines gültigen Vertrages unabhängig ist, und daß der Arbeitnehmer in einem Organismus gestanden hat, der ihn in seiner ganzen Person ergreift. Die Verbundenheit zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer ist nicht wie die schuldrechtliche Bindung zwischen Käufer und Verkäufer lediglich ein iuris vinculum, eine gedachte Bindung des Rechts, sondern eine tatsächliche Gemeinschaft im Betrieb. Diese konkrete Gemeinschaft kann nicht nichtig sein in dem Sinne, daß ein äußerlich vollendeter Tatbestand vorliegt, dem die Rechtsfolge fehlt [2]), sondern sie ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden [3]). Ist sie einmal durch die Einordnung in den Betrieb begründet, so muß diese Betriebszugehörigkeit auch für die sog. privatrechtlichen Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung sein.

---

1) vgl. das Urteil des LAG Aachen ArbRSamml. LAG 3, 18.

2) vgl. Hueck Komm. § 1 Anm. 19 und Enneccerus-Nipperdey § 190 Anm. 22 a.

3) Siebert DArbR 1936, 9.

Daß der Entgeltanspruch bei unwirksamem Arbeitsvertrag eine besondere Behandlung erfordert, ist frühzeitig erkannt worden und hat zu den verschiedensten Lösungsversuchen geführt, die auch schon Gegenstand einiger Dissertationen waren[4]). Alle diese Konstruktionen können jedoch ebensowenig befriedigen wie die Lösung nach BGB.; sie erscheinen gekünstelt, bewegen sich oft hart an der Grenze des gesetzlich Möglichen, erfassen aber vor allem nur jeweils einen Teil des großen Gebietes unwirksamer Arbeitsverträge, z. B. nur die wegen mangelnder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksamen Verträge Minderjähriger, die wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtigen Verträge, u. a. m.

Der Weg, den diese Konstruktionen beschritten haben, war, die Fälle nichtiger Verträge einzuschränken durch eine möglichst weitgehende Anerkennung der zivilrechtlichen Wirksamkeit, um so zu einem vertraglichen Anspruch zu gelangen. Sie hielten daher an dem schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses fest. Eine neue Betrachtung des Problems ergibt sich jedoch durch die Wandlung, die das Arbeitsverhältnis durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit erfahren hat[5]).

Arbeitsverhältnis ist heute nicht mehr das schuldrechtliche Austauschgeschäft der §§ 611 ff. BGB., sondern ein Gemeinschaftsverhältnis im Betrieb, das vom Gedanken der Treue durchdrungen ist und von der Gemeinschaftsordnung des Betriebes gestaltet wird. Diese Gemeinschaftsordnung knüpft an das Arbeitsverhältnis als Betriebszugehörigkeitsverhältnis ohne Rücksicht auf den Vertrag an, wie das die Sozialversicherungsgesetze, Arbeiterschutzvorschriften, die Tarifverträge hinsichtlich der Kündigungs- und Urlaubsbestimmungen u. a. m. bisher schon getan hatten, indem sie lediglich das faktische Beschäftigungsverhältnis — das sich in Wahrheit als Betriebszugehörigkeitsverhältnis herausstellte[6]) — beachteten. Durch die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung oder der Tarifordnung ist nunmehr auch der Lohnanspruch von der vertraglichen Grundlage unabhängig und zu einem gesetzlichen Anspruch geworden. — Während dies heute weitgehend anerkannt ist, verweist man aber den Arbeitnehmer wieder auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn keine Betriebsordnung oder Tarifordnung vorliegt. Die Lösung des Problems kann indessen nur einheitlich erfolgen und nicht von dem mehr oder weniger zufälligen Vorhandensein einer Betriebsordnung oder Tarifordnung abhängig sein[7]); es muß vielmehr für diesen „normenfreien“[8]) Raum eine Entscheidung getroffen werden, die dem Gesetz

---

4) Erpenbach Kölner Diss. 1922 — Weimar, Kölner Diss. 1929 — Zinkann, Göttinger Diss. 1933.

5) Die Abhandlung beschränkt sich daher auf die Arbeitsverhältnisse in einem Betriebe im Sinne des AOG. Eine Betrachtung der übrigen Arbeitsverhältnisse, z. B. der Hausgehilfinnen, führte in weitere Probleme, da eine gesetzliche Regelung dieser Fälle im Sinne des neuen Arbeitsrechts noch nicht erfolgt ist.

zur Ordnung der nationalen Arbeit entspricht und die Grundgedanken der Regelung von Betriebsordnung und Tarifordnung verwertet, d. h. den Lohnanspruch von der vertraglichen Grundlage löst und ihn in Zusammenhang mit der Arbeitsleistung in einem Betriebe bringt.

Diese Loslösung des Lohnanspruches von der vertraglichen Grundlage entspricht in weitem Maße der Gestaltung der Wirklichkeit. Im praktischen Leben hat der Arbeitsvertrag nie die Bedeutung gehabt, die ihm in der Rechtswissenschaft zugelegt wurde. Nikisch weist mit Recht darauf hin, daß in der Vorstellungswelt des Arbeiters der Arbeitsvertrag meistens überhaupt nicht vorhanden ist; „was der Arbeiter sieht und fühlt, ist allein der Betrieb, das Gemeinschaftsleben im Betrieb und die Ordnung des Betriebes, nach der er sich zu richten hat und die ihm seine Rechte und Pflichten vorzeichnet“ [9]). Gerade seinen Lohnanspruch verbindet er weniger mit der verpflichtenden Vereinbarung, die der Jurist als Vertrag zu bezeichnen gewohnt ist, sondern vielmehr mit der tatsächlichen Arbeitsleistung, eine Auffassung, die nach Molitor einer weitverbreiteten, deutschrechtlich begründeten Anschauung der Bevölkerung entspricht [10]). Die Tatsache, daß nur wenige der zweifellos häufigeren Fälle [11]) nichtiger Arbeitsverträge vor die Gerichte gekommen sind, läßt einen begründeten Rückschluß darauf ziehen, daß die Praxis auch bei nichtigem Vertrage stets den vollen Lohn für die Vergangenheit gezahlt hat. Auch die Gerichte haben mit einer einzigen Ausnahme [12]) billige Entscheidungen getroffen, wenn auch die juristisch-systematischen Ausführungen hinter den Billigkeitserwägungen vollständig zurücktreten. Der Einwand des Wegfalls der Bereicherung ist in den fraglichen Prozessen überhaupt nie erhoben worden, sodaß die Urteile fast immer zu einem angemessenen Entgelt gekommen sind.

---

6) vgl. Molitor NZfAR 1931 S. 109 ff.
7) so mit Recht Hueck Komm. Vorb. 1 zu §§ 26 ff.
8) vgl. Rhode ZAkfDR 1936, S. 373, 375.
9) Nikisch, JW 1935, S. 1291.
10) Molitor, NZfAR 1931, S. 117; ders., Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, RArbBl. NAT 1924, S. 82.
11) In Zeiten wirtschaftlicher Not sind es vor allem die wegen Vereinbarung von Wucherlöhnen nichtigen Verträge; heute ist an die zahlreichen Arbeitseinsatzvorschriften zu denken.
12) LArbGer. Aachen LAS 3/28 vom 29. 2. 1928 ArbRSamml. 3, 18.

ERSTER ABSCHNITT:

Die Rechtslage vor dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

§ 2. Die Lösung des Problems nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach der früher herrschenden Meinung ist das Arbeitsverhältnis ein Vertrag, und zwar ein schuldrechtlicher gegenseitiger Vertrag, der auf Leistung abhängiger Arbeit[13]) gegen Entgelt gerichtet ist[14]). Es besteht zwar lebhafter Streit darüber, worin das Element der Abhängigkeit zu sehen sei, ob in der Zugehörigkeit zu einer sozialen Klasse[15]), in der wirtschaftlichen[16]) oder persönlichen[17]) Gewaltunterworfenheit des Arbeitnehmers oder in der Einordnung in einen fremden Betrieb[18]); in irgendeiner Weise unterscheiden aber alle den Arbeitsvertrag von den sog. freien Diensten. Man ist sich ferner darin einig, daß es sich um einen echten schuldrechtlichen Vertrag handelt, der dem Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB. unterliegt, wenn der Arbeitsvertrag sich auch nicht mit dem Begriff des Dienstvertrages deckt. Er ist vielmehr eine Unterart des Dienstvertrages[19]), denn die §§ 611 ff. BGB. umfassen außerdem die oben erwähnten freien Dienste.

Der Arbeitsvertrag als Schuldvertrag ist ein Verpflichtungsgeschäft, das eine gegenseitige Verbindlichkeit zur Erfüllung der Arbeitsleistung einerseits und der Lohnzahlung andererseits enthält.

Diese dem Schuldrecht innewohnende Unterscheidung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ist für die Betrachtung des vorliegenden Problems wesentlich. Der Arbeitsvertrag enthält den

---

13) unbekannt ist das Merkmal der Abhängigkeit: Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 1 S. 97; Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff.

14) Staudinger Vorb. II 6 b vor §§ 611 ff.; Oertmann Vorb. 5 vor §§ 611 ff.;Hueck-Nipperdey Lehrbuch I S. 99 ff.; Lotmar, Arbeitsvertrag I S. 23ff.; ohne Rücksicht auf das Entgelt: Gierke, Dtsch. Privatrecht III, S. 590; Melsbach, S. 57.

15) Kaskel-Dersch S. 83; Hueck, Handbuch I, S. 20; Matthaei, Grundriß S. 8; Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht S. 18.

16) Dersch, Komm. z. BRG, § 10 Anm. 13 b.

17) Sinzheimer, Grundzüge S. 4; Gierke, Wurzeln des Dienstvertrages S. 38; Gierke, Dtsch. Privatrecht III S. 590; Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 13, Anm. 2.

18) Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 16 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 38; Denkschrift 1923 S. 13.

19) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S. 106 f.; Oertmann, Dtsch. Arbeitsvertragsrecht S. 10 ff.; Kaskel-Dersch S. 84; Nikisch, Grundformen S. 115, 194; Jacobi, Grundlehren S. 46, 62. Abweichend: Melsbach, Dtsch. Arbeitsrecht S. 57; Kreller, Arch. ziv. Prax. Bd. 120 S. 31.

Rechtsgrund für die Arbeitsleistung und die Lohnzahlung und ist das wirtschaftlich gekennzeichnete Geschäft gegenüber der Arbeitsleistung (die als solche auch auf Grund eines familienrechtlichen Verhältnisses erfolgen kann) und der Lohnzahlung als einer abstrakten Übereignung. Es ändert nichts am Charakter des Arbeitsverhältnisses, daß das eine der Erfüllungsgeschäfte, die Arbeitsleistung, kein Rechtsgeschäft[20]), sondern ein Realakt ist, denn auch bei anderen Schuldverhältnissen haben wir dieselbe Erscheinung, z. B. bei der Miete. Wohl aber ergeben sich daraus und aus der Tatsache, daß die Arbeitsleistung den Einsatz der Person erfordert, bedeutsame Folgerungen für eine neue Betrachtung des Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitsvertrag unterliegt als schuldrechtlicher Vertrag des BGB. nach der früher herrschenden Ansicht den Vorschriften des Allgemeinen Teils BGB. Die Gründe, die zur Unwirksamkeit des Vertrages führen können, sind daher in der Hauptsache folgende:

1. Eine der Parteien ist geschäftunfähig und hat ohne gesetzlichen Vertreter gehandelt. Nach § 105 Abs. 1 BGB. ist ihre Erklärung nichtig. Oder eine der Parteien gibt eine Erklärung im Zustande der Bewußtlosigkeit oder einer vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit ab; hier ergibt sich die Nichtigkeit der Erklärung und damit des Arbeitsvertrages aus § 105 Abs. 2 BGB.

2. Der Arbeitsvertrag ist entgegen einer gesetzlichen Formvorschrift formlos abgeschlossen worden (§ 125 BGB.). Fälle dieser Art sind nicht häufig, denn grundsätzlich bedarf der Arbeitsvertrag keiner Form. Eine Ausnahme galt aber schon früher für gewisse langfristige Arbeitsverträge von Landarbeitern[21]). Die herrschende Meinung nahm bei Nichtbeachtung dieser Vorschrift zivilrechtliche Nichtigkeit an, wenn auch die Umdeutung in einen kurzfristigen Vertrag als zulässig erachtet wurde[22]). Neuerdings ist die Frage wieder strittig geworden bei § 17 Schriftleitergesetz, der für Schriftleiterverträge die Schriftform vorschreibt, und vom Landesarbeitsgericht Breslau[23]) im Sinne zivilrechtlicher Nichtigkeit — entgegen der Ansicht Herschels[24]) — wohl richtig entschieden worden.

3. Der Arbeitsvertrag verstößt gegen ein gesetzliches Verbot. Nach § 134 BGB. bewirkt ein solches Verbot Nichtigkeit des Vertrages, soweit sich nicht aus dem Gesetz, d. h. dem Verbotsgesetz, ein anderes ergibt. Als gesetzliche Verbote kommen vor allem die Arbeiterschutzvorschriften in Betracht, also die Betriebs- oder Gefahrenschutzbestimmungen der §§ 120a ff. RGewO. und einer großen Anzahl von Polizeiverordnungen, Schutzbestimmungen für Kinder, Jugendliche und Frauen und Bestimmungen über die Sonntagsruhe;

---

20) vgl. Molitor NZfArbeitsrecht 1931, S. 113.
21) vgl. § 2 vorläufige LAO.
22) Kaskel-Dersch S. 164, mit weiteren Angaben.
23) LAG Breslau v. 11. 10. 1935, ArbRSamml. 25, 99.
24) Herschel in DJZ 1934, S. 68.

ferner zählen hierzu die Arbeitszeitvorschriften, die Arbeitszeitordnung vom 26. 7. 1934, die frühere Arbeitszeitverordnung, und die Sonderregelung über den Ladenschluß und für Bäcker und Konditoren. In den letzten Jahren sind dazu noch die Arbeitseinsatzvorschriften gekommen; es handelt sich um das Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15. 5. 1934 (RGBl. I S. 381), die Verordnung über die Verteilung von Arbeitskräften vom 10. 8. 1934 (RGBl. I, S. 786) und das Gesetz zur Befriedigung des Bedarfs der Landwirtschaft an Arbeitskräften vom 26. 2. 1935 (RGBl. I, S. 310); ferner in Ausführung dieser Gesetze eine große Anzahl von Anordnungen, die bezirkliche (Berlin, Hamburg, Saarland, früher auch Bremen), berufliche, betriebliche und altersmäßige Einstellungsverbote enthalten. Schließlich sind hier die Arbeitseinsatzbestimmungen im Rahmen des Vierjahresplanes zu nennen.

4. Verstößt ein Arbeitsvertrag gegen die guten Sitten, so ist er nach § 138 BGB. nichtig. Besonders zu beachten ist dabei der Fall des Lohnwuchers, der unter § 138 Abs. 2 BGB. fällt. In Zeiten wirtschaftlicher Not wird gerade dieser Tatbestand häufig gegeben sein, wenn auch Lotmar[25]) nicht darin Recht zu geben ist, daß ein großer Teil der wirtschaftlichen Produktion im Vollzug nach § 138 Abs. 2 BGB. nichtiger Arbeitsverträge bestehe. Nichtig ist bei wucherischer Lohnvereinbarung der ganze Arbeitsvertrag, nicht allein die Lohnabrede, denn die Lohnabrede ist nicht an sich wucherisch, sondern das Versprechenlassen von Arbeit gegen so geringen Lohn[26]).

5. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrages liegt vor, wenn ein Minderjähriger oder ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter oder ein nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft Gestellter einen Arbeitsvertrag ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abschließt, denn der Vertrag bringt ihm nicht nur rechtliche Vorteile, sondern legt ihm auch die Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf[27]). Eine Zweiteilung des Arbeitsvertrages in die Arbeitsleistungspflicht, die rechtliche Nachteile, und in den Lohnanspruch, der rechtliche Vorteile bringt, ist, auch wenn die Arbeit schon geleistet ist[28]), nicht möglich und entbehrt der gesetzlichen Grundlage, weil bei § 107 BGB. der Vertrag als ganzes gemeint ist. Lediglich eine generelle Ermächtigung zur Eingehung von Dienstverträgen

---

25) vgl. Lotmar, I, S. 172.

26) So mit Recht Oertmann, DJZ 1913 S. 257 und Zinkann S. 34. Die gegenteilige Ansicht, die allerdings auf dem Wege über § 139 BGB zu demselben Ergebnis führt, ist nicht haltbar. Vgl. auch Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 4.

27) Erdel, Das Arbeitsrecht, 2. Teil, S. 8.

28) So das Reichsgericht in einem Urteil vom 31. 3. 1914 — Warn. Rechtspr. 1914 Nr. 183 —: „Mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen wurde das Rechtsgeschäft zu einem solchen, das dem Kläger nur noch Vorteile bringen konnte und daher nach § 107 BGB der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht bedurfte."

gemäß § 113 BGB., wie sie jetzt in den Arbeitspässen der Minderjährigen in der Regel gegeben wird, macht den wegen Minderjährigkeit beschränkt Geschäftsfähigen für die Eingehung oder Aufhebung eines Dienstverhältnisses oder von Dienstverhältnissen derselben Art geschäftsfähig.

6. Der Arbeitsvertrag kann angefochten und damit nach § 142 BGB. rückwirkend vernichtet werden, wenn einer der Anfechtungsgründe der §§ 119 ff. BGB. vorliegt. Es ist also Irrtumsanfechtung im Rahmen des § 119 BGB. und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB. möglich. Zwar ist dies verschiedentlich bestritten worden mit dem Hinweis darauf, daß beim Dienstvertrage an die Stelle der Anfechtung die sofortige Lösbarkeit trete, weil jeder Anfechtungsgrund zugleich ein Grund zur fristlosen Entlassung gemäß § 626 BGB. sei, und § 626 BGB. als lex specialis die §§ 119 ff. BGB. ausschalte; es ist aber wohl mit der Untersuchung von Leonhardt[29]) und der festen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte[30]) anzunehmen, daß vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Gesetzeskonkurrenz vorliegt und folglich die Anfechtung eines Arbeitsvertrages nicht durch das Kündigungsrecht des § 626 BGB. ausgeschlossen wird.

Wenn aus einem der angeführten Gründe der Arbeitsvertrag nichtig ist, fehlt den Erfüllungsgeschäften — Arbeitsleistung und Lohnzahlung — nach der schuldrechtlichen Theorie der Rechtsgrund. Weil sie aber unabhängig von dem Grundgeschäft und rechtlich wirksam sind, können sie nur auf dem Wege über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung der §§ 812 ff. BGB. ausgeglichen werden. Es interessiert hierbei vor allem die Frage, welchen Entgeltanspruch der Arbeitnehmer hat, wenn noch kein Lohn gezahlt ist, da eine Rückforderung des Lohnes nicht vorkommen wird, wenn er einmal gezahlt ist[31]).

Einen Lohnanspruch hat der Arbeitnehmer, wenn er auf Grund eines nichtigen Vertrages gearbeitet hat, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht[32]), denn einen solchen Anspruch kann er nur auf einen Vertrag stützen, und dieser ist rechtsunwirksam. Er kann vielmehr nur das zurückfordern, um das der Unternehmer bereichert ist, d. h. was er auf Kosten des Arbeitnehmers ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Grund des Anspruchs ergibt sich aus § 812 BGB., die Art und der Umfang aus § 818 BGB. Weil eine Herausgabe der empfangenen Arbeitsleistung infolge „Beschaffenheit des Erlangten" unmög-

---

29) Leonhardt, Kölner Dissertation 1933 S. 39.

30) LAG Breslau v. 5. 8. 35 32/35; ArbRSamml. 25, 205 mit Anm. v. Dersch, LAG Leipzig v. 27. 8. 36 Sa. 47/36; ArbRSamml. 28, 53; LAG Leipzig v. 2. 2. 37 Sa. 131/36, Samml. 29, 190.

31) Nach Lotmar, Arbeitsvertrag II S. 377, soll die Rückforderung auch nach § 814 BGB unmöglich sein, da die Entlohnung einer sittlichen Pflicht entspräche.

32) So Staudinger, § 611 Bem. IV 3 c; Molitor-Hueck-Riezler, Arbeitsvertrag S. 40 f.; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 102 ff.

lich ist, ist ihr Wert nach § 818 Abs. 2 BGB. zu ersetzen[33]). Der Wert des Empfangenen ist aber keineswegs gleich der vereinbarten Vergütung[34]), und insofern ist der Hinweis darauf, die festgesetzte Gegenleistung nach dem Vorbild des § 346 Satz 2 BGB. zu gewähren, verfehlt[35]). Es handelt sich bei der ungerechtfertigten Bereicherung anders als beim Rücktritt um eine schwache Haftung[36]), die nur das zurückgeben soll, was tatsächlich erlangt und noch vorhanden ist. Der Anspruch wird sich vielmehr in der Regel mit dem betriebs-, fach- oder ortsüblichen Lohn decken[37]); das muß aber nicht immer der Fall sein, so, wenn z. B. der Unternehmer die Arbeit durch einen jüngeren Arbeiter mit geringerem Tariflohn ebenso gut hätte ausführen lassen können. Er braucht ferner auch diesen Lohn nicht zu zahlen, wenn die Bereicherung bei ihm unverschuldet nicht mehr vorhanden ist, weil das Arbeitsprodukt durch Zufall untergegangen ist[38]) (§ 818 Abs. 3 BGB.). Schließlich entfällt der Anspruch, wenn die Arbeit wegen ihres Zweckes oder Inhalts gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nach § 817 BGB. Wann ein unsittlicher Arbeitsvertrag seinem Zweck und Inhalt nach einen solchen Verstoß enthält, ist freilich bestritten[39]). Ist aber in einem nach § 138 BGB. nichtigen Arbeitsverhältnis einmal der Lohn gezahlt, so kann er wegen § 817 Satz 2 BGB. nicht mehr zurückgefordert werden[40]).

Selbst wenn der Arbeitnehmer auf dem Wege über die §§ 812 ff. BGB. aber zu einem Anspruch kommt, so genießt dieser Anspruch nicht den Schutz, den ein echter Lohnanspruch hat. Die Eigenart des Lohnes als Lebensunterhalt bedingt besondere Sicherungsmaßnahmen, die in folgenden Bestimmungen enthalten sind:

1. Das Gebot, den Lohn in Reichswährung zu berechnen und bar auszuzahlen, und das Verbot der Kreditierung von Waren an Arbeitnehmer — sog. Truckverbot — (§§ 115 ff. RGewO.).

2. Die Beschränkungen der Lohnpfändung. Vgl. §§ 850 b ff. ZPO.

3. Das Vorrecht der Lohnforderung im Konkurs des Unternehmers nach § 61 Z. 1 KO.

---

33) Staudinger § 818 Anm. 4 c; Rechtspr. d. OLG 8, 77 und 15, 521.

34) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 104; Baum, Recht des Arbeitsvertrages, S. 33; Zinkann S. 13. A. A.: Staudinger § 818 Bem. 4 f.; Planck § 818 Bem. 4 d; RGRK § 818 Bem. 6.

35) Lotmar I, S. 170 Anm. 1; Lotmar II, S. 377 f.

36) Vgl. §§ 818 und 347 BGB.!

37) So Nipperdey, RG-Festgabe S. 209 f.; Lotmar (II, 377) ist andererseits der Ansicht, daß der Anspruch aus § 812 BGB höher ist als der vereinbarte Lohn, nach der Mehrwerttheorie des Marxismus.

38) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 104. A. A. Zinkann, S. 40, Weimar S. 48.

39) LAG Aachen 3/28 ArbRSamml. 3, 18 (Nipperdey).

40) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 104; Hueck-Nipperdey 150.

4. Das Lohnvorrecht bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nach §§ 10 Z. 2 und 155 ZVG.

5. Das aus der Unpfändbarkeit sich ergebende Verbot der Aufrechnung des Lohnes mit Forderungen des Unternehmers nach § 394 BGB.

6. Das Verbot der Zurückbehaltung des Lohnes (§ 273 BGB.). Das ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen; die Zurückbehaltung des Lohnes wurde auch lange Zeit vom Reichsgericht [41]) und einigen Schriftstellern [42]) mit dem Hinweis auf die verschiedene juristische Natur von Aufrechnung und Zurückbehaltung für zulässig gehalten. Neuerdings überwiegt aber die Gegenmeinung, die mit Recht von der wirtschaftlichen Ähnlichkeit von Aufrechnung und Zurückbehaltung ausgeht [43]); das Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht haben sich dieser Auffassung angeschlossen [44]).

Zu der Frage, ob der Lohnschutz auch auf den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bei nichtigem Vertrage anzuwenden ist, fehlt in der Literatur eine eingehende Stellungnahme. Während Lotmar [45]) bemerkt, dieser Anspruch sollte als Surrogat des Lohnes ebenso der Pfändung und Aufrechnung entrückt sein, gehen die neueren Darstellungen durchweg davon aus, daß es nicht der Fall ist [46]). Dieser Meinung ist Recht zu geben. Aus dem Ausnahmecharakter der Vorschriften ergibt sich wohl die Unanwendbarkeit der Lohnsicherungsbestimmungen auf den Anspruch aus §§ 812 ff. BGB. Dem entspricht auch die vorsichtige Auslegung, die die betreffenden Vorschriften auf anderen Gebieten, z. B. bei § 57 AOG. erfahren [47]).

Neben dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht dem Arbeitnehmer in einzelnen Fällen ein weiterer Anspruch auf Schadensersatz zu. Liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von § 138 BGB. vor, so ist in der Regel der Tatbestand des § 826 BGB. gegeben [48]). Hier handelt es sich um einen wirksamen und vollen Anspruch im Vergleich zu dem aus § 812 BGB.; meist fehlt es jedoch an dem Erfordernis der Schadenszufügung. Denn aus dem Grundsatz der Naturalrestitution ergibt sich, daß der Arbeitnehmer nachweisen muß, daß er bei Nichtabschluß des nichtigen Vertrages

---

41) vgl. z. B. RGZ 55, 1 ff.
42) Staudinger § 614 Bem. II 2 mit anderen Nachweisen.
43) Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, S. 249 ff.; Lotmar I, 430 ff.; Oertmann Komm. § 273.
44) RGZ 85, 108; RAG ArbRSamml. 6, 50.
45) Lotmar II, 379 Anm. 2.
46) Nipperdey RG-Festgabe IV, 209 f.; Staudinger § 611 IV 3; Kaskel S. 151; Kreller Arch. ziv. Prax. Bd. 122, S. 21 Anm. 33. A. A.: Zinkann S. 47 f.
47) Dersch a.a.O. § 57, 4 a.
48) Staudinger § 611, IV 3 c; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S. 149; Nipperdey, RG-Festgabe IV, 209; Hueck, Handbuch S. 61; RAG 75/35 ArbRSamml. 25, 185.

einen anderen Arbeitsvertrag abgeschlossen hätte; er kann dann den dort entgangenen Lohn nach § 252 BGB. fordern[49]). Abgesehen davon, daß ein derartiger Beweis nie gelingen wird[50]), erscheint es eigenartig, den Lohn nicht nach der wirklich geleisteten Arbeit, sondern danach zu bemessen, was der Arbeitnehmer bei einer anderen Arbeit, die er nicht getan hat, hätte verlangen können. Im übrigen gilt für diesen Anspruch als Ersatz für den Lohn hinsichtlich des Lohnschutzes dasselbe, was für den Bereicherungsanspruch gesagt ist.

Einen ähnlichen Anspruch gewähren die §§ 307, 309 und 122 BGB., aber begrenzt durch die Bestimmung, daß die Höhe des Ersatzes nicht das Interesse an dem eingegangenen Geschäft übersteigen darf[51]). Kennt der Unternehmer also die Unmöglichkeit bei Vertragsschluß, oder hat er wegen Irrtums wirksam angefochten, so kann der Arbeitnehmer, falls ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt, den Ersatz des sog. Vertrauensschadens verlangen. Auch hierzu ist der Nachweis notwendig, daß er bei Kenntnis des Mangels einen anderen Vertrag abgeschlossen hätte, der Anspruch ist aber insofern geringer als der aus § 826 BGB., als er im Höchstfalle den Lohn verlangen kann, den er bei Gültigkeit des nichtigen Vertrages erhalten hätte.

Zusammenfassend ist zur Lösung des Problems nach dem BGB. daher zu sagen: Bei nichtigem Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmer in der Regel auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen, ausnahmsweise kann er einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Im ersten Falle bemißt sich der Anspruch nach dem, was der Unternehmer erspart hat, also nach dem ortsüblichen Lohn eines Arbeiters, der dieselbe Arbeit evtl. zu geringerem Tariflohn ausgeführt hätte; im zweiten Falle kann der Arbeitnehmer das beanspruchen, was er anderswo verdient haben würde; es entsteht also das eigenartige und keineswegs volkstümliche Ergebnis, daß nicht die tatsächliche Arbeitsleistung, sondern eine fiktive zur Grundlage des Entgeltsanspruches gemacht wird. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist dazu völlig unsicher, in der Höhe schwankend und ungeschützt, „ein ziemlich fragwürdiger, für den Arbeiter nicht annähernd wirksamer Notbehelf“[52]); hält man sich vor Augen, daß der Arbeitnehmer oft in Unkenntnis der Nichtigkeit arbeitet, bei Kenntnis der Nichtigkeit aber unter wirtschaftlichem Zwang stehen wird, und daß das Arbeitsentgelt seine Lebensgrundlage ist, so wird verständlich, daß die Regelung der §§ 812 ff. BGB., die für das Recht des Vermögensverkehrs unentbehrlich und gerecht ist, im Ar-

---

49) Unrichtig ist die Ansicht, daß der Schadensersatzanspruch gleich dem Bereicherungsanspruch sei. Vgl. Zinkann S. 37.

50) Staudinger § 611, IV 3 c; Nipperdey RG-Festgabe IV, 209; Oertmann, DJZ 1913, 255, weist mit Recht darauf hin, daß, wer zu wucherischen Löhnen arbeitet, gerade wegen der obwaltenden Notlage keine anderweite Anstellung gefunden hätte.

51) Staudinger § 611 IV 3 c; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I, 149; Nipperdey, RG-Festgabe IV, 209; Leonhardt, S. 52.

52) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 4.

beitsrecht aber zu höchst unbilligen Ergebnissen führen kann, für das Arbeitsverhältnis überwunden und durch eine neue Regelung ersetzt werden muß.

§ 3. Die Stellungnahme der Literatur.

Angesichts dieses Ergebnisses fehlte es nicht an Versuchen, eine Lösung zu finden, die den besonderen Gegebenheiten des Arbeitsrechts angepaßt war. Da eine speziell arbeitsrechtliche Bestimmung über den Entgeltsanspruch bei unwirksamem Arbeitsvertrag fehlte, war die Rechtswissenschaft, wollte sie nicht überhaupt auf eine gesetzliche Begründung verzichten, darauf angewiesen, die Anwendungsfälle der §§ 812 ff. BGB. einzuschränken, d. h. die Nichtigkeitsgründe beim Arbeitsvertrag soweit wie möglich zu beseitigen, um einen vertraglichen Lohnanspruch zu behalten[53]). Welche Versuche in dieser Richtung gemacht wurden, soll im Folgenden dargestellt werden.

Oertmann schlägt eine entsprechende Anwendung des § 110 BGB. bei erfüllten, aber unwirksamen Arbeitsverträgen Minderjähriger vor[54]). Er weist mit Recht darauf hin, daß die Unwirksamkeit der Arbeitsverträge Minderjähriger besonders hart sei, weil die zum Schutze des Minderjährigen eingeführte Genehmigungspflicht sich im Ergebnis gegen ihn kehre. Die Arbeitsleistung des Minderjährend ist als bloß tatsächlicher Akt keinen rechtlichen Beschränkungen unterworfen. Wenn dem Minderjährigen auch die Fähigkeit fehlt, einen gültigen Vertrag zu schließen, so besitzt er doch eine tatsächliche Handlungsfähigkeit, die Arbeit, die ihm aufgetragen ist, wirksam auszuführen. Während nun § 110 BGB. aus der kraft Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksamen Erfüllungshandlung auf die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts schließt, soll diese Wirksamkeit in analoger Anwendung auch da eintreten, wo die Erfüllungshandlung schon aus sich heraus wirksam ist. Durch diese Anwendung des § 110 BGB. würden somit alle Arbeitsverträge Minderjähriger, soweit sie erfüllt sind, wirksam; eine Ausdehnung auf die Fälle absoluter Nichtigkeit lehnt Oertmann selbst ab mit dem Hinweis darauf, daß das BGB. keine Heilung nichtiger Verträge kenne[55]). In dieser Begrenzung hat sein Gedanke in der Wissenschaft weitgehende Anerkennung gefunden[56]).

Umstritten waren ferner die Fälle der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB.; die Recht-

---

53) Zinkann S. 14.

54) Oertmann, Komm. § 110 BGB, Bem. 7; Oertmann, Arbeitslohn, S. 52; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 99.

55) Oertmann, Arbeitslohn S. 52; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 103 f.

56) Enneccerus § 143 II 3b; Staudinger § 611 IV 3c und § 110, 8; Planck, 4. Aufl. § 110, Bem. 7 (anders in der 3. Aufl.!); Riezler, venire contra factum proprium 134 f.; Schwenk, Leipziger Diss. 1929.

sprechung insbesondere hatte sich häufig mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Verstoß gegen die ArbZeitVO., d. h. unzulässige Überarbeit, zur Nichtigkeit des Vertrages führte und damit den Lohnanspruch ausschaltete. Denn nach § 134 BGB. tritt nur dann Nichtigkeit ein, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Dabei ist nicht nur auf den Wortlaut des Gesetzes zurückzugreifen, sondern vor allem auf seinen Sinn, der im Wege der Auslegung zu ermitteln ist[57]).

Die Behandlung der einzelnen Verbotsgesetze bei der Betrachtung der Nichtigkeit ist verschieden. Für die Arbeitszeitbestimmungen wird von Nipperdey und anderen[58]) vertreten, daß sie keine Nichtigkeit zur Folge hätten, soweit sie den Lohnanspruch für die Vergangenheit beträfen. Denn nicht der Inhalt solcher Verträge sei verboten, sondern nur das rechtsgeschäftliche Handeln des Unternehmers. Das ergäbe sich aus § 11 AZVO., nach dem nur der Unternehmer, nicht der Arbeitnehmer bestraft würde[59]). Nipperdey weist dabei auf die feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts hin[60]), daß im Regelfall nur dann und insoweit Nichtigkeit anzunehmen ist, wenn beide Parteien von dem Verbotsgesetz mit Strafe bedroht sind[61]). Die Nichtigkeit soll also nur ex-tunc-Wirkung haben; soweit tatsächlich Arbeit geleistet ist, ist sie ohne Bedeutung, und es bleibt bei einem Lohnanspruch mit Überstundenlöhnen[62]).

Anderer Ansicht ist nur Lotmar[63]), der im übrigen nicht zwischen den einzelnen Verbotsgesetzen unterscheidet, sondern in allen Fällen Nichtigkeit ex tunc annimmt. Im Bereich des Arbeiterschutzrechtes wird diese Ansicht auch von anderen Schriftstellern häufiger vertreten[64]); Hueck[65]) sagt, daß bei Verstößen gegen Arbeiterschutzvorschriften immer Vollnichtigkeit anzunehmen sei, weil die betr. Gesetze eine solche Beschäftigung gerade verhüten wollten, und dies Ziel am besten erreicht würde, wenn weder der Unternehmer einen Anspruch auf die Arbeitsleistung noch der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Lohnzahlung habe. Es ist aber wohl Nipperdey Recht zu geben, wenn er dagegen anführt, diese Argumentation berücksichtige in keiner Weise, daß die Arbeitsleistung schon vollzogen sei und jetzt nur noch die Frage bleibe, ob ein Lohn-

---

57) Staudinger § 134 Bem. 5; RGZ 100, 239.

58) Nipperdey, RG-Festgabe IV, 210 f.; Sigel, S. 40 f.; Potthof, JW 1921, S. 1286; Friedrichs, ArbR 1924, 901; Oertmann, Arbeitsvertagsrecht S. 103; Siebert, DArbR 1936, S. 10; Siebert, JW 1937, S. 1108.

59) RGSt. 55, 70. In RAG ArbRSamml. 8, 332 heißt es sogar: „Dem Arbeitnehmer ist die Leistung freiwilliger Mehrarbeit nicht untersagt"!

60) RGZ 60, 270 100, 40 und 106, 367.

61) Staudinger § 134, 6 e; Oertmann § 134, 2 b.

62) So Friedrichs, ArbR 1924, S. 901.

63) Lotmar I, 110.

64) Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, 139; Landmann Komm. z. GewO § 135 Z. 7; Friedrichs, ArbR 1924, 893. Vgl auch RGZ 66, 45.

65) Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, 139.

anspruch oder ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu geben sei. Man solle die Nichtigkeit nur soweit erstrecken, als es im Interesse des Arbeiters liege und zu seinem Schutz nötig sei, nicht weiter[66]).

Zur Frage des Verstoßes gegen Arbeitseinsatzvorschriften fehlen noch eingehende Untersuchungen. Kleinschmidt[67]) geht davon aus, daß ein Vertrag mit Personen unter 25 Jahren ohne Genehmigung des Arbeitsamtes entgegen der Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften vom 28. 8. 1934 (DRAnz. Nr. 202) immer nichtig sei. Er übersieht dabei nicht, daß die Strafdrohung des § 21 Abs. 2 Z. 1 dieser Anordnung sich ähnlich wie in der AZVO. nur gegen den Unternehmer richtet und daher in der Regel keine Nichtigkeit angenommen werden kann. Aber daraus könne man nicht ohne weiteres auf die privatrechtliche Gültigkeit des Vertrages schließen, es sei vielmehr nur ein Hinweis, der bei der Prüfung der Gültigkeit berücksichtigt werden müsse; in Wahrheit sei der ganze Vertrag seinem Inhalt nach unerwünscht, weil er dem staatspolitischen Zweck der Verwirklichung des Vierjahresplanes entgegentrete[68]). Ebenso geht das LAG. Essen in einer Schadensersatzklage vom 7. 9. 1935 — Sa 79/35[69]) —, indem es die Auffassung des ArbGerichts Essen im Urteil vom 2. 7. 1935 — Ca 500/35[70]) — anscheinend in derselben Sache bestätigt, ohne Bedenken davon aus, daß ein Vertrag entgegen den Vorschriften der Arbeitseinsatzbestimmungen nichtig sei. Anders jedoch ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Wuppertal vom 12. 2. 1936 — 7 Sa 3/36[71]) — das nach eingehender Darlegung der Rechtslage zu der Ansicht kommt, es sei keine Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB. zu folgern, weil die Strafdrohung sich nur gegen eine Partei richte.

Eine besondere Beachtung haben ferner immer schon die Fälle des sittenwidrigen Arbeitsvertrages gefunden, insbesondere die Verträge mit sog. Hungerlöhnen, die unter § 138 Abs. 2 BGB. fallen. In Zeiten wirtschaftlicher Not sind diese Tatbestände nicht selten, und bei ihnen zeigt sich am stärksten das Bedürfnis, dem Arbeitnehmer einen angemessenen Entgeltsanspruch zu geben. Nach Herzog[72]) und ihm zustimmend Staudinger[73]) ist die Lohnvereinbarung in eine Grundabrede und eine Ergänzungsabrede zu zerlegen.

---

66) Nipperdey, RG-Festgabe IV, 209; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 102 ff.; Potthoff, JW 1921, 1286; Siebert, DArbR 1936, 10; Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 1903 S. 40 ff. lehnt überhaupt Nichtigkeit ab, auch ex nunc, da die betr. Verbote die zivilrechtliche Gültigkeit nicht berührten. Weimar a.a.O. S. 13 ähnlich für die Fälle des „zweiseitigen" Verbotes.

67) Kleinschmidt, JW 1935, 3140 ff.

68) Ebenso, allerdings ohne nähere Begründung: Syrup, Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften, § 9 Anm. 5; Zschucke, DArbR 1934, 318.

69) JW 1935, 3182.

70) ArbRSamml. ArgG 25, 177.

71) ArbRKartei Karte Nr. 563.

72) Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit 1926; Herzog, ArbR u. Schl. 1929, 327 ff.

Nur die Ergänzungsabrede, d. h. die Abrede über die Lohnhöhe soll bei Wucherlöhnen nichtig sein, nicht aber die Vereinbarung, daß überhaupt Lohn gezahlt werden soll. Es bleibt also bei diesen Verträgen der Tatbestand, an den die subsidiäre Vorschrift des § 612 BGB. anknüpft, der einen angemessenen Lohn gewährt[74]). Durch diese Konstruktion wird die Notwendigkeit eines richterlichen Gestaltungsrechtes vermieden, welches von Potthoff[75]) befürwortet wird.

Wenn lediglich die Lohnabrede nichtig sein soll und in die Lücke § 612 BGB. treten soll, ergibt sich aber eine Schwierigkeit daraus, daß die Nichtigkeit der Lohnabrede im Zweifel nach § 139 BGB. die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht. Im Regelfall wird sich der Unternehmer nämlich darauf berufen, daß er zu einem angemessenen Lohn den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, und grundsätzlich behält das Rechtsgeschäft nur dann Gültigkeit, wenn die Parteien mutmaßlich diesen Vertrag ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten[76]). Die Ausschaltung des § 139 BGB. im Arbeitsrecht wird aber allgemein befürwortet[77]).

Andererseits vertritt ein Teil, vor allem Staub[78]) den Gedanken, daß § 139 BGB. umzukehren sei; er soll so angewandt werden, als wenn er lautete: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so bleibt das ganze Rechtsgeschäft gültig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es ohne den nichtigen Teil nicht vorgenommen sein würde". In dieser Richtung liegt auch der Vorschlag der Kommission im Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923[79]), dessen § 8 folgendermaßen lautet: „Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nichtig, so bleibt im Zweifel der übrige Vertrag gültig. Er ist so zu ergänzen, wie ihn die Beteiligten bei Beachtung der zur Nichtigkeit führenden Rechtsvorschriften mutmaßlich abgeschlossen hätten". —

Ähnliche Bedeutung hat die Ausschaltung des § 139 BGB. bei unzulässiger Überarbeit, wenn auch die Sachlage hier anders ist als bei wucherischem Vertrag, denn bei Überzeitvereinbarung wäre der Arbeitsvertrag in der Regel wohl auch ohne diese gesetzwidrige Vereinbarung zustande gekommen. Es wäre aber außerdem ein unannehmbares Ergebnis, wenn die Nichtigkeit der Überzeitvereinbarung diejenige des ganzen Vertrages nach sich zöge. Die Schutzfunktion

---

73) Staudinger § 611, IV 3 b.

74) Diese Ansicht wird schon von Oertmann DJZ 1913, 256 bekämpft. Siehe unten S. 16.

75) Potthoff DJZ 1908, S. 1304 f.

76) Herzog meint hierzu allerdings: „Bezüglich des mutmaßlichen Parteiwillens ist hier jedoch zu bedenken, daß ein entgegenstehender Wille des Arbeitgebers eventuell außer Acht gelassen werden kann, wenn er unwürdig ist und des Rechtsschutzinteresses entbehrt (ArbR u. Schl. 1929, 329).

77) Staudinger § 611 IV 3 a; Hueck-Nipperdey I, 146; Nipperdey, RG-Festgabe IV, 212; Titze, S. 660; Potthoff, JW 1921, 1286. A. A.: Lotmar I 110; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 4; RAG 56/32 ArbRSamml. 15, 135; vgl. aber das Reichsgericht in JW 35, 692.

78) Staub HGB Komm. § 62 Anhang Anm. 2; Marcus, DJZ 1899, 417.

79) RABl. 28. Sonderheft 1923.

der betreffenden Bestimmungen würde geradezu in ihr Gegenteil verkehrt werden. Deshalb wird man nach Nipperdey in solchen Fällen den § 139 BGB. als dem Zweck des Schutzgesetzes widersprechend nicht zur Anwendung bringen dürfen.

Die bisherigen Betrachtungen hatten zum Ziel, die Fälle der Nichtigkeit einzuschränken. Auf einer anderen Ebene liegt die Ansicht Potthoffs, der zwar immer Nichtigkeit für gegeben erachtet, den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aber ohne Bedenken gleich dem Tariflohn, bzw. gleich einem angemessenen Lohn setzt. Er sagt, es habe keinen Sinn, aus der ursprünglichen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit noch Folgerungen zu ziehen, soweit die vereinbarte Arbeit einmal tatsächlich ordnungsmäßig geleistet sei [80]), vielmehr müsse die geleistete Arbeit angemessen vergütet werden [81]), und dieser Anspruch bleibe trotz § 818 Abs. 3 BGB. bestehen, selbst wenn der Arbeitnehmer keinen Vorteil gehabt habe oder der Vorteil nicht mehr bestehe [82]).

Ähnlich arbeitet Kausen [83]) mit einer „relativen Nichtigkeit". Vom Gedanken des Beschäftigungsverhältnisses ausgehend, will er die Nichtigkeit des Vertrages, die schon an sich keine große Bedeutung im Arbeitsrecht habe, auch in der sog. privatrechtlichen Sphäre des Arbeitsvertrages insofern außer Acht lassen, als sie den Lohnanspruch für die Vergangenheit beseitige. Denn es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn der Unternehmer, nachdem er die Arbeitsleistung empfangen habe, die Lohnzahlung verweigere.

Dieser letzte Gedanke geht zweifellos auf die Lehre Riezlers vom venire contra factum proprium zurück [84]), die eine außerordentliche Beachtung gefunden hat. Er kleidet sie in die allgemeine Formel: „Wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung eines Gegenkontrahenten entgegennimmt, hat damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen; er hat den Vertrag selbst als gültig behandelt, und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich mit diesem seinem eigenen Tun zum Nachteil des Gegenkontrahenten in Widerspruch setzen wollte". Wenn ein Unternehmer daher den Lohn verweigert, nachdem er die Arbeitsleistung entgegengenommen hat, so ist dies nach § 242 BGB. unbeachtlich. Allerdings beschränkt Riezler die Anwendung dieses Prinzips auf die Fälle der Unwirksamkeit wegen Minderjährigkeit des Arbeitnehmers, der Tatbestand, an dem er seine Lehre entwickelt hat. Insoweit hat sie in der Literatur weitgehende Anerkennung gefunden [85]), immerhin ist aber eine umfassende Lösung für die Fälle nichtiger Verträge damit nicht gefunden.

---

80) Potthoff, Wörterbuch S. 11.
81) Potthoff, JW 1921, 1286.
82) Potthoff, Arbeitsrecht S. 49 f.
83) Kausen, ArbGer. 1930, 428 ff.; Kausen ArbR 1930, 672 ff.
84) Riezler, venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
85) Staudinger § 611 IV 3 c; Lehmann ZfHandelsrecht Bd. 79, S. 80 ff.; Planck § 397 Erl. 3; Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht S. 51; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I, 149.

Die Lehre Riezlers befriedigt von den oben dargestellten Konstruktionen, die zum Ziel haben, den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Arbeitsrecht auszuschalten, am meisten. Die übrigen Lösungen sind dagegen äußerst strittig. Abgesehen von den mehr sozialen Erwägungen Potthoff und Kausens („relative Nichtigkeit"), die jeder gesetzlichen Grundlage entbehren, ist es vor allem die Lehre Herzogs von der Teilung der Lohnvereinbarung in eine Grund- und eine Ergänzungsabrede, die einer näheren Betrachtung nicht standhält. Es ist, wie schon Oertmann[86]) ausführt, weder angängig, bei wucherischem Vertrag nur die Lohnabrede für nichtig zu halten, noch, nur die Abrede über die Höhe des Lohnes als unwirksam zu erklären. Das wucherische Verhalten des Unternehmers liegt gerade in der Vereinbarung eines solchen Lohnes gegen eine entsprechende Arbeit. Nicht der Lohn an sich oder die Höhe des Lohnes ist wucherisch, sondern das Mißverhältnis dieses Entgelts gegenüber der Arbeitsleistung wird vom Gesetzgeber durch die Nichtigkeit nach § 138 BGB. geahndet. Es bleibt daher kein Arbeitsvertrag ohne Lohnabrede übrig, noch ein Arbeitsvertrag mit der Abrede, daß irgendein Lohn gezahlt werden müsse (dessen Höhe infolge Nichtigkeit unbestimmt sei), sondern der ganze Vertrag als gegenseitige Verpflichtung ist nach § 138 BGB. nichtig. Daher sind auch die weiteren Ausführungen, ob in einem solchen Falle der restliche Teil nach § 139 BGB. nichtig sei, überflüssig, zumal auch sie gesetzlich nicht haltbar sind, denn man kann nicht die Abrede über die Lohnhöhe einerseits und den übrigen Rest des Vertrages als Teile eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 BGB. ansehen. Dagegen ist dem Schrifttum darin zuzustimmen, daß eine wegen Verstoßes gegen die Arbeitszeitverordnung nichtige Vereinbarung nicht nach § 139 BGB. die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht. Auch die weitgehende Außerachtlassung der zahlreichen gesetzlichen Verbote für die zivilrechtliche Gültigkeit kann in Anbetracht der weiten Auslegung, die § 134 BGB. seit der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ. 60, 275 gefunden hat, befürwortet werden, sofern sich die Strafdrohung des Verbotsgesetzes nur gegen einen Teil richtet. Es handelt sich bei diesen Fällen aber nur um einen Teil der nichtigen Verträge, und das Problem des Arbeitsentgelts bei unwirksamem Arbeitsvertrag ist ein umfassendes. Selbst wenn man auch solche gekünstelte Konstruktionen wie die Analogie zu § 110 BGB. bei schwebend unwirksamen Verträgen Minderjähriger gelten läßt, bleiben viele Lücken, in denen man auf den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgreifen muß. Vom Standpunkt einer grundsätzlichen Betrachtung des Problems muß das Ergebnis dieser Lösungsversuche daher als unbefriedigend bezeichnet werden.

86) Oertmann DJZ 1913, 256 ff.

§ 4. Die Stellungnahme der Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist von den Untersuchungen und Lösungen der Rechtslehre fast unberührt geblieben. In den meisten Fällen stützt sie den Anspruch auf Arbeitsentgelt bei nichtigem Vertrag auf §§ 812 ff. BGB., z. T. bringt sie eigene Begründungen vor, z. T. aber verzichtet sie auf jede Begründung. Die Fälle nichtiger Verträge, die Gegenstand der Prozesse sind, beruhen im Wesentlichen auf Verstößen gegen die Arbeitszeitvorschriften; jetzt liegen auch einige Urteile vor, die sich mit Arbeitseinsatzbestimmungen befassen. Wenn die Entscheidungen dabei häufig nur mit außergesetzlichen Billigkeitserwägungen arbeiten, so ist doch zuzugeben, daß sie auch auf diesem Wege in der Mehrzahl zu befriedigenden Ergebnissen gekommen sind. Eine sichere gesetzliche Grundlage ist jedoch nicht vorhanden.

Allerdings hat die Anwendung der Bereicherungsvorschriften auch zu Fehlurteilen geführt, von denen das folgende besonders hervorgehoben werden soll. Das LAG. Aachen führt in einem Urteil vom 29. 2. 1928 — LAS 3/28 —[87]), in dem es einen Entgeltsanspruch für unzulässige Überarbeit verneint, aus: „Für die geleistete Arbeit kann der Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangen. Zwar ist nach § 817 Satz 1 BGB. der Empfänger einer Leistung, deren Zweck in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, zur Herausgabe des Empfangenen oder zum Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB.) verpflichtet, nach Satz 2 des § 817 BGB. ist jedoch die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob etwa den Empfänger ein stärkerer Vorwurf trifft. Eine derartige Abwägung der Schuldfrage kennt das Gesetz nicht, es versagt dem, der geneigt ist, unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Leistung aus der Hand zu geben und damit einen gesetzwidrigen Zweck zu fördern, den Rechtsschutz, um von solchem Unterfangen abzuschrecken." Das Urteil, das auch von H u e c k als sachlich unrichtig kommentiert wird, belohnt somit den Unternehmer, indem er die Überarbeit eines Beschäftigten nicht zu bezahlen braucht. Es zeigt, daß die Bestimmung des § 817 BGB., die naturgemäß die besonderen Verhältnisse des Arbeitsrechts nicht berücksichtigt, im Einzelfall zu äußerst unbilligen Entscheidungen führen kann.

Dem gegenüber stehen einige Urteile, die zwar eine gerechte Entscheidung treffen, aber der gesetzlichen Begründung entbehren. So heißt es in dem Urteil des RAG. vom 26. 9. 1928 — RAG 85/28 —[88]): „Allerdings würde eine Vereinbarung, über die nach den Bestimmungen der Arbeitszeitverordnung zulässige Arbeitszeit hinaus Arbeit zu leisten, weil gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nach § 134

87) ArbRSamml. LAG 3, 18.
88) ArbRSamml. 4, 108 ff. (RAG).

BGB. nichtig sein. Soweit aber im Einzelfall darüber hinaus Arbeit geleistet ist, ist davon auszugehen, daß ihm auch insoweit ein Anspruch auf angemessene Vergütung der Arbeitsleistung zusteht." Und auf dieses Urteil verweisend die Entscheidung des RAG. vom 5. 1. 1929 — 318/28 —[89]): „Haben sie aber freiwillig über jene Grenze hinaus Arbeit verrichtet, so gebührt ihnen für diese Mehrleistung ein angemessener Lohn, für dessen Festsetzung der Tariflohn unbedenklich als Richtschnur dienen kann."

Die späteren Urteile stützen den Entgeltsanspruch, angefangen mit der Entscheidung RAG. 558/28 vom 5. 6. 1929[90]), meist auf § 812 und § 612 BGB., wobei beide Gesichtspunkte in der Regel zusammen herangezogen werden. So heißt es in dem erwähnten Urteil: „Es entspricht aber der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, daß aus den allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrages und der ungerechtfertigten Bereicherung der Arbeitnehmer angemessene Vergütung auch für die Arbeit verlangen kann, die er unter Überschreitung der öffentlichrechtlich zulässigen Arbeitszeit geleistet hat." Wie insbesondere die Bezugnahme auf die allgemeinen Gesichtspunkte des Dienstvertrages gemeint ist, sagt das Urteil RAG. 206/31 vom 5. 12. 31[91]): „... daß, soweit der Kl. über die gesetzliche Arbeitszeit hinaus Mehrarbeit geleistet hat, er auch für diese Arbeit ... aus dem allgemeinen Rechtsgedanken heraus, daß, wer eine Arbeitsleistung entgegennimmt, die nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, diese Arbeitsleistung auch zu bezahlen hat (vgl. § 612 BGB.) ..." Die Wendung, aus allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrages und der ungerechtfertigten Bereicherung, erscheint darauf als konstanter Bestandteil aller arbeitsgerichtlichen Entscheidungen, die das Arbeitsentgelt bei nichtigem Arbeitsvertrag betreffen[92]). In einigen werden auch Schadensersatzbestimmungen im Zusammenhang mit der obigen Begründung angeführt[93]).

Eine Betrachtung der höchstinstanzlichen Begründung zeigt jedoch, daß die Verkoppelung von § 812 und § 612 BGB. nicht haltbar ist. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kann nur dann gegeben werden, wenn ein gültiger Arbeitsvertrag nicht vorliegt. Die Hervorhebung des Gesichtspunktes der ungerechtfertigten Bereicherung ist daher dogmatisch durchaus richtig, wenn es sich — wie in den erwähnten Urteilen — um verbotene Überarbeit handelt; es

---

89) ArbRSamml. 5, 23 f..
90) ArbRSamml. 6, 301 ff.
91) ArbRSamml. 13, 567 (RAG).
92) Vgl. RAG 349/29 ArbRSamml. 8, 332
RAG 206/31 ArbRSamml. 13, 563
RAG 300/31 ArbRSamml. 14, 165
RAG 320/31 ArbRSamml. 14, 89
RAG 56/32 ArbRSamml. 15, 133.
RAG 285/33 ArbRSamml. 20, 189.
93) für § 826 BGB: RAG 75/35 Samml. 25, 185; für § 307, 309 BGB: ArbG Essen 2. 7. 35, Ca. 500/35 Samml. 25, 177; LAG Essen 7. 9. 35, 79/35, JW 35, 3182.

wird hier nur seine praktische Brauchbarkeit im Arbeitsrecht bestritten. Stützt man aber einmal den Anspruch auf § 812 BGB., so kann man nicht zugleich § 612 BGB. heranziehen. Denn § 612 BGB. setzt einen gültigen Arbeitsvertrag voraus[94]). Diese Bestimmung enthält ergänzendes Recht und greift dann ein, wenn in einem Vertrage keine Vereinbarung über den Lohn und die Lohnhöhe getroffen ist. Sie enthält aber keineswegs einen gesetzlichen Lohnanspruch in allen Fällen einseitiger Erwartung[95]), und der Satz „jede Arbeit ist ihres Lohnes wert" steckt in dieser Allgemeinheit nicht in § 612. Schon Lotmar[96]) sagt, der Anspruch auf Vergütung aus § 612 BGB. setze Vereinbarung der Arbeit voraus, und der übrige Tatbestand des Arbeitsvertrages mit Ausnahme der Lohnabrede müsse gegeben sein.

So sehr daher der Rechtsprechung in ihren Ergebnissen zuzustimmen ist, wenn sie auch bei nichtigem Vertrage einen angemessenen Lohn gibt, so bleibt doch die Feststellung, daß ihr eine feste und starke gesetzliche Begründung fehlt. Ganz abgesehen von den Fällen, in denen sie selbst auf eine solche verzichtet, ist die Heranziehung des § 612 BGB. nicht richtig, weil es sich um vollnichtige Verträge handelt. Daher bleibt es auch hier bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, einem Anspruch, dessen Unsicherheit und Unbrauchbarkeit für das Arbeitsrecht oben[97]) eingehend bewiesen ist.

§ 5. Der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes 1923.

In dem Bestreben, eine klare gesetzliche Grundlage für den Lohnanspruch bei nichtigem Vertrage zu erhalten, wurde dem Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes aus dem Jahre 1923[98]) als § 52 folgende Bestimmung eingefügt:

„Bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer für geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrage zu beanspruchen. Ist die Nichtigkeit Folge arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer, oder verstößt die Arbeitsleistung gegen die guten Sitten, so hat er nur Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Begründet Geringfügigkeit des vereinbarten Entgelts die Nichtigkeit, so kann er angemessenes Entgelt verlangen."

Es muß zunächst festgestellt werden, daß es sich um eine grundsätzliche Lösung des Problems nicht handelt. Der Entwurf von 1923 steht noch unter dem Zeichen des freien bürgerlichrechtlichen Arbeitsvertrages und hat den § 52 ersichtlich als Ausnahmenorm erhalten. Diese Bestimmung trägt, wie der ganze Entwurf, Kompromißcharak-

94) Lotmar I, 124; Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, 149 Anm. 21; Staudinger § 612, I 2c; Oertmann § 612, 1; Siebert JW 1937, 1108; Zinkann S. 33 ff.
95) Oertmann a.a.O.
96) Lotmar a.a.O.
97) § 2 am Ende.
98) 28. Sonderheft zum RArbBl. 1923.

ter[99]), ein Kompromiß zwischen dem theoretisch-systematischen Ausgangspunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches und den Bedürfnissen des praktischen Lebens, wie sie Potthoff in seiner Lehre vom Arbeitsverhältnis als sozialrechtlichem Organisationsverhältnis weitgehend berücksichtigte. „Nur an dieser einen Stelle", sagt Potthoff in Bezug auf § 52, „haben praktische Rücksichten zu einem Entgegenkommen geführt"[100]).

Über die juristische Natur der Vorschrift selbst besteht Streit. Es stehen sich im Wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber: Nach der einen Ansicht ist auch bei § 52 Rechtsgrund des Anspruches die Vorschrift des § 812 BGB., nur soll die Höhe fixiert und der Arbeitnehmer des Nachweises der ziffernmäßigen Bereicherung enthoben sein[101]); insofern würde § 52 des Entwurfes am geltenden Recht nichts geändert haben[102]), es handelte sich nur um einen „qualifizierten" Bereicherungsanspruch[103]). Entgegen dieser Auffassung, die sogar in der Denkschrift vertreten wird, ist aber wohl richtigerweise anzunehmen, daß § 52 einen neuen gesetzlichen Anspruch schaffen wollte[104]). Worin der rechtspolitische Grund dieser Vorschrift liegen soll, kann unerörtert bleiben[105]), wichtig ist aber, daß man gerade aus der Gegenüberstellung von § 52 Satz 1 und Satz 2 darauf schließen kann, daß im ersten Satz, weil hier nicht auf die ungerechtfertigte Bereicherung verwiesen wird, ein besonderer gesetzlicher Anspruch gemeint ist.

Der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes ist nie Gesetz geworden. Es haben sich zwar lebhafte Erörterungen an ihn, insbesondere an § 52 angeschlossen, sie hielten jedoch streng am gesetzlichen Wortlaut fest und haben zur grundsätzlichen Lösung des Problems, welches Arbeitsentgelt der Arbeitnehmer bei nichtigem Vertrage beanspruchen kann, daher nicht viel beitragen können.

---

99) So die Denkschrift: „Daraus ergibt sich, daß der Entwurf in vielen Bestimmungen ein Kompromiß oder eine Mehrheitsentscheidung zwischen gegensätzlichen Auffassungen darstellt."

100) Potthoff, JW 1927, 227 f.

101) So Bewer, Leipz. Zeitschrift 1924, 320 ff.

102) Bewer, Gruch. Beitr. 67, 250, und Denkschrift S. 18.

103) vgl. Bewer LZ 1924, 323.

104) Molitor in Molitor-Hueck-Riezler S. 41; Hueck in Molitor-Hueck-Riezler S. 150; Hueck in Jherings Jahrb. 74, 382; Kreller in Arch. ziv. Prax. 122, 21.

105) hierüber vgl. insbesondere Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allg. AVG.

ZWEITER ABSCHNITT:

Die Lösung des Problems nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

§ 6. Das AOG. als Grundgesetz der nationalen Arbeit.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 (RGBl. I, S. 45) hat das gesamte deutsche Arbeitsrecht auf eine neue Grundlage gestellt. Es bezeichnet sich selbst als das Gesetz, das die Arbeit als nationales Gut regeln will und ist daher nicht auf eine Neuordnung der Betriebsverfassung beschränkt. So kann man mit Recht die in ihm niedergelegten Gedanken zum Ausgangspunkt einer neuen Betrachtung aller arbeitsrechtlichen Probleme machen, ohne Gefahr zu laufen, daß spätere Spezialgesetze, die zu erwarten sind[106]), seinen Boden verließen, denn alle arbeitsrechtlichen Sondergesetze werden sich auf seinen Grundgedanken stützen und in weiterem Sinne nur Ausführungsgesetze sein[107]). Das AOG. kann schon in diesem Punkte mit keinem der früheren arbeitsrechtlichen Gesetze verglichen werden, denn diese waren lediglich Spezialregelungen für die Arbeitszeit, die Tarifverträge, die Betriebsverfassung usw., die von keinem einheitlichen Grundprinzip getragen waren. Wichtiger als dieser Unterschied ist jedoch die Tatsache, daß das AOG. das Arbeitsrecht auf die Basis der nationalsozialistischen Weltanschauung gestellt hat. Ebenso wie das Reichserbhofgesetz ist das AOG. ein in die Zukunft weisendes Gesetz[108]), und viele seiner Bestimmungen sind Erziehungsnormen[109]). Das muß bei der Auslegung des Gesetzes besonders beachtet werden. Das AOG. kann daher nur aus sich heraus verstanden und ergänzt werden, weil sonst die Einheit und Geschlossenheit des Arbeitsrechts, die es schaffen soll, zerstört würde. Der Grundsatz des § 56 RErbHG., der im AOG. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, gilt als immanenter Bestandteil des nationalsozialistischen Rechts auch hier.

Der Grundgedanke, der das AOG. durchzieht und tragender Pfeiler des nationalsozialistischen Arbeitsrecht bildet, ist der Gedanke der Betriebsgemeinschaft, der in § 1 AOG. als Idee und Aufgabe an die Spitze gestellt ist. Das bedeutet einen Bruch mit dem bisherigen Arbeitsrecht, das — der Entwicklung der gesellschaftlichen und poli-

106) vgl. Dersch, Werdendes Arbeitsrecht, DArbR 35, 187 ff. u. ZAkfDR 35, 368 ff.
107) vgl. Siebert, Arbeitsverhältnis S. 9.
108) Fechner S. 8.
109) Mansfeld Komm. § 1, 1 S. 75.

tischen Verhältnisse folgend — sich mit der verhängnisvollen Gegensätzlichkeit von Unternehmer und Arbeitnehmer bis auf wenige Ausnahmen [110]) abgefunden hatte und schließlich sogar ein Arbeitskampfrecht als eigene Disziplin eingeführt hatte.

Der Inhalt der Betriebsgemeinschaft ist ein dreifacher:

1. Betriebsgemeinschaft ist ein sittliches Prinzip [111]). Wie der Grundgedanke des Nationalsozialismus die Verwirklichung der Volksgemeinschaft, so ist die Betriebsgemeinschaft die Idee des nationalsozialistischen Arbeitsrechts. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß beide einander bedingen; denn die Volksgemeinschaft ist das höhere Prinzip, das die Betriebsgemeinschaft trägt, aber sie wird dort auch erst lebendige Wirklichkeit [112]). Die Betriebsgemeinschaft erfaßt den Menschen — wie jedes sittliche Prinzip — nicht nur mit rechtlichem Zwang, sondern fordert eine grundsätzliche innere Einstellung und Bejahung ihrer Grundgedanken; daher ist eine Aufzählung der einzelnen Pflichten, die sich aus ihr ergeben, nicht möglich und auch dann nicht notwendig, wenn alle Mitglieder der Betriebsgemeinschaft von ihren Zielen durchdrungen sind. Das ist Forderung und Aufgabe des Gesetzes, aber es ist auch schon ein Stück Wirklichkeit; das Gesetz erzieht, und es bringt dabei allen Beteiligten „ein beinahe unbeschränktes Vertrauen entgegen" [113]).

2. Betriebsgemeinschaft ist ein soziales Prinzip. An die Stelle der Gliederung in Arbeitnehmer auf der einen und Unternehmer auf der anderen Seite tritt die Gliederung nach Betrieben. Der Arbeitnehmer steht nicht mehr in einer organisierten Gewerkschaft einer organisierten Unternehmergruppe gegenüber, sondern soll ein persönliches Gemeinschafts- und Treuverhältnis zu seinem Betriebsführer haben. So erfolgt die Eingliederung des Arbeiters in die Volksgemeinschaft, verbunden mit der Anerkennung seiner Arbeit, denn seine Arbeitsleistung ist ein ebenso wichtiges Glied im Gefüge des Betriebes wie die jedes anderen. Das Ziel der betrieblichen Neuorientierung ist, die Entstehung des organisierten Klassenkampfes im Keime zu verhindern und die Anerkennung des Arbeiters als gleichwertiges Glied der Gemeinschaft auf organischem Wege herbeizuführen.

3. Betriebsgemeinschaft ist ein wirtschaftliches Prinzip. Ein Arbeitsrecht, das vom Gegensatz der Interessen von Unternehmer und Arbeitnehmer ausgeht, kann die obersten Grundsätze einer werteschaffenden Wirtschaft nicht berücksichtigen, die darin bestehen, daß nur gemeinsame Arbeit auf ein Ziel hin imstande ist, neue Werte im Wege der Produktion herstellen und Höchstleistungen zu vollbrin-

110) Melsbach, Arbeitsrecht, S. 19. Das Reichsgericht in RGZ. 106, 275 und 113, 89.
111) Mansfeld Komm. § 1, 1 S. 75.
112) Dersch Komm. § 1, 4.
113) Dersch Komm. § 1, 4.

gen. Der Kampf der Arbeitnehmer um bessere Arbeitsbedingungen und der Unternehmer um billigere Löhne, d. h. niedrigere Produktionskosten, hatte letzten Endes nicht eine Förderung der Wirtschaft und damit eine allgemeine Hebung der sozialen Lage zur Folge, sondern verminderte die Produktion, weil er wertvolle Kräfte in einem nutzlosen Gegeneinander aufbrauchte. Das nationalsozialistische Arbeitsrecht hingegen stellt als oberste Aufgabe aller im Betriebe Tätigen voran, „zur Förderung der Betriebszwecke und zum Nutzen von Volk und Staat" zusammenzuarbeiten (§ 1 AOG.); das sittliche Prinzip der Betriebsgemeinschaft ist daher auch ein wirtschaftlich vernünftiges. Vom Standpunkt der völkischen Wirtschaftsauffassung muß das neue Arbeitsrecht diese beiden Gesichtspunkte zwangsläufig verbinden, denn nur gemeinsame Arbeit, nicht das Gegeneinander des Klassenkampfes, vermag nationale Werte zu schaffen. —

Die Idee der Betriebsgemeinschaft als einer hohen sittlichen Aufgabe, einer organischen Form der sozialen Gestaltung und eines wirtschaftlich vernünftigen Prinzips findet ihre rechtliche Ordnung auf der Grundlage eines Betriebes, wie sie das AOG. geschaffen hat. Betriebsgemeinschaft ist daher nicht nur Idee und Ziel des neuen Arbeitsrechts, sondern auch als Zusammenfassung der Menschen im Betriebe lebendige Wirklichkeit.

Eine Betrachtung dieser Gemeinschaft und ihrer rechtlichen Gestalt hat von der sachlichen Grundlage auszugehen, auf dem sie beruht, dem Betrieb. Betriebsgemeinschaft und Betrieb sind nicht dasselbe [114]). Nach bisher herrschender Auffassung ist unter Betrieb die Zusammenfassung persönlicher, sachlicher und immaterieller Mittel zur Erreichung eines technischen Zweckes [115]) zu verstehen. Das ist neuerdings strittig geworden, indem man, von der Idee der Betriebsgemeinschaft ausgehend, die organisatorische Einheit und die hervorragende Bedeutung des persönlichen Elementes in den Vordergrund stellte [116]). Eine solche Auffassung berücksichtigt jedoch nicht die Verschiedenheit der Betrachtung, die beide Erscheinungen erfordern: der Gedanke der Betriebsgemeinschaft geht von der sozialen Aufgabe aus, Betrieb ist jedoch eine Erscheinungsform des wirtschaftlichen Lebens [117]). Betriebsgemeinschaft ist also — wenn man von dieser Trennung der Betrachtung ausgeht — mehr als die bloße Zusammenfassung der persönlichen „Mittel" eines Betriebes, mehr als ein Sammelbegriff für die im Betriebe tätigen Personen. Zwar ist sie keine juristische Person, die als Rechtsträger von ihren Mitgliedern losgelöst ist, man muß sie vielmehr als eine Einheit ansehen, die,

114) Nikisch, Arbeitsrecht 1. Halbbd. 1936 S. 15.

115) Jacobi, Betrieb und Unternehmen S. 20 und Denecke DArbR 1936 S. 14. Fechner S. 18.

116) So Nikisch Dtsch. Arbeitsrecht 1. Halbbd. S. 14: „Der Betrieb ist eine organisierte Einheit, in welcher der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt".

117) Wie sehr diese beiden in Gegensatz stehen können, führt Fechner S. 18 ff. treffend aus.

ohne rechtsfähig zu sein, eine eigene rechtliche innere Ordnung hat[118]). Sie zeigt somit in Wesen und Struktur starke Anklänge an die alte deutschrechtliche Genossenschaft[119]).

Der auffallendste Unterschied gegenüber der früheren Arbeitsverfassung ist, daß die Betriebsgemeinschaft nach dem AOG. herrschaftlich organisiert ist. Während das alte Recht, vor allem das Betriebsrätegesetz, im Betriebe das demokratische Prinzip einzuführen versucht hatte, steht heute als alleinige Befehlsstelle der Führer des Betriebes an der Spitze. Er entscheidet nach § 2 Abs. 1 AOG. gegenüber der Gefolgschaft in allen betrieblichen Angelegenheiten, die im AOG. geregelt sind.

Aber ebenso wie die Entscheidungsgewalt in eine Hand gelegt ist, so trifft den Führer des Betriebes auch eine verstärkte Verantwortung gegenüber der Gefolgschaft und dem Reichstreuhänder der Arbeit als Organ des Staates. Diese ist zwar nicht rechtlich bis ins einzelne festgelegt, sie erfährt jedoch eine ständige und wirksame Regulierung durch die Vorschriften über die soziale Ehrengerichtsbarkeit der §§ 35 ff. AOG., deren Strafdrohung bis zur Aberkennung der Befähigung, Führer des Betriebes zu sein, geht (§ 38 Z. 4 AOG.).

Der Führer des Betriebes als Repräsentant[120]) und alleiniges Entscheidungsorgan gestaltet die rechtliche Ordnung der Betriebsgemeinschaft durch den Erlaß allgemeiner Arbeitsbedingungen und vor allem durch die Betriebsordnung der §§ 26 ff. AOG. Diese normative betriebliche Regelung soll in Zukunft gegenüber der gegenwärtig herrschenden Tarifordnung den Vorrang haben. Ihre Gestaltungsmöglichkeiten sind umfassender als die der Arbeitsordnung, die die RGewO, vorschrieb; während diese nur sog. Ordnungsvorschriften treffen konnte, steht es dem Führer des Betriebes nach dem AOG. — ebenso wie schon nach dem Betriebsrätegesetz — frei, auch materielle Arbeitsbedingungen in die Betriebsordnung aufzunehmen, und dies ist — wie unten darzustellen — sogar erwünscht und wird überwiegend so gehandhabt. Durch die BetrO. hat der Führer des Betriebes nunmehr die Möglichkeit, auf die Arbeitsverhältnisse seines Betriebes gestaltend einzuwirken, ohne auf vertragliche Einzelverhandlungen angewiesen zu sein, denn das AOG. gewährt der BetrO. die Kraft autonomen Rechts, das unabhängig vom Vertrag ist.

Im ganzen gesehen, liegt daher in dieser rechtlichen Gestaltung des Betriebes das stärkste Mittel zu einer betrieblichen Neuorientierung des Arbeitsrechts. Trotz der einheitlichen rechtlichen Regelung ergibt sich daraus eine Vielzahl wirtschaftlicher und sozialer Einzelregelungen, die der Eigenart jedes Betriebes und seiner besonderen Leistungsfähigkeit angepaßt sind. Das ist das Ziel des Gesetzes, und es wird daher mit Absicht vermieden, eine Vereinheitlichung der Betriebsordnungen herbeizuführen, etwa durch Erlaß einer vorbildlichen Betriebsordnung durch den Gesetzgeber; die Herausgabe sog.

118) Hueck Komm. § 1, 6. Huber JW 34, 1019, Fechner 35.
119) Mansfeld Komm. S. 98.
120) Fechner a.a.O. S. 25.

Musterbetriebsordnungen von privater oder wissenschaftlicher[121]) Seite ist vielmehr sogar als dem Sinn des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit widersprechend gerügt worden[122]).

§ 7. Der Bedeutungswandel des Arbeitsverhältnisses nach dem AOG.

Die Betriebsgemeinschaft als übergeordnetes Prinzip des nationalsozialistischen Arbeitsrechts und der Betrieb in der vom AOG. gestalteten Ordnung bedingen eine neue Betrachtung des Arbeitsverhältnisses[123]). Soweit eine Beeinflussung durch die Gedanken der Treue, Kameradschaft usw., die zum Teil in § 2 Abs. 2 AOG. gesetzlich niedergelegt sind, stattfindet, herrscht heute weitgehende Übereinstimmung[124]). Wie die Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses aber im Einzelnen sich rechtlich ausprägt, z. B. ob § 2 Abs. 2 AOG. lediglich eine außerrechtliche Sittlichkeitsnorm enthält, ob er im Wege der Auslegung auf das Arbeitsverhältnis einwirkt oder ob er unmittelbarer Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist, ist sehr umstritten. Ferner ist strittig, in welcher Weise BetrO. und TarifO. auf das Arbeitsverhältnis Einfluß nehmen, insbesondere, ob nicht durch die weitgehende normative Gestaltung der Charakter eines individuellen Schuldverhältnisses verloren gegangen ist und das Arbeitsverhältnis zu einem Gliedschaftsverhältnis geworden ist, dessen Begründung zwar freiwillig, dessen rechtliche Gestaltung indessen unabhängig vom Willen der Beteiligten geschieht. Die ganze Problematik kann allerdings nicht im Rahmen dieser Abhandlung aufgerollt werden, da es sich nur darum handelt, einen klaren und gesetzlich fundierten Begriff des neuen Arbeitsverhältnisses zu erhalten, um von da aus die Probleme des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses entscheiden zu können.

Negativ kann zunächst gesagt werden, daß das Arbeitsverhältnis kein schuldrechtlicher Vertrag mehr ist[125]). Die Funktion des schuldrechtlichen Vertrages ist der Verkehr mit Vermögenswerten, die des gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrages der Austausch geldwerter Güter. Das Arbeitsverhältnis im Sinne des Schuldvertrages muß daher als Austauschgeschäft von Arbeitsleistung gegen Entgelt verstanden werden. Eine solche Auffassung entspricht nicht dem Ge-

121) vgl. die Musterbetriebsordnungen von Hessel und Köpf in ArbR-Kartei Karten Nr. 482, 483 und 589.

122) vgl. Mansfeld in der Buchbesprechung zu Goerrig in JW 1934, 1034.

123) Unter Arbeitsverhältnis sei dabei die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer als Einzelnem auf der einen Seite und dem Führer des Betriebes auf der anderen Seite verstanden.

124) Hueck Komm. § 2, 16; Mansfeld Komm. S. 98 ff., 108 ff.; Dersch, Komm. S. 30 ff.; Crone AOG S. 17 ff.; Siebert, Arbeitsverhältnis S. 46 ff.; Mansfeld, DArbR 1936, 118 ff.

125) Siebert S. 15, Nikisch S. 10, Dersch ZAkfDR 1935, 902, Siebert DR 1934, 461 ff. A. A. Mansfeld JW 36, 481 ff. und Müllereisert DArbR 36, 94 ff.

meinschaftsgedanken, wie er im AOG. zum Ausdruck gebracht wird. Im Vordergrund des neuen Arbeitsverhältnisses steht nicht das Gegeneinander der beiden Vertragspartner, die sich schließlich im Vertrag auf einer gemeinsamen Ebene treffen, sondern die Zusammenarbeit auf ein gemeinsames Ziel hin[126]). Vom Standpunkt des Schuldrechts wird die Arbeit geleistet, um einen Anspruch auf die Gegenleistung zu bekommen, im neuen Arbeitsrecht soll dagegen die Förderung der Betriebszwecke und der allgemeinen Interessen im Vordergrund stehen. Die schuldrechtliche Konstruktion erkennt, streng durchgeführt, als einzige Bindung zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer nur die rechtliche Bindung des Kausalgeschäfts an. —

Es sollen allerdings heute die Versuche nicht gering geschätzt werden, die das gesamte Schuldrecht aus der Ebene des individuellen Interessedenkens herausheben und zu einem Mittel volksgenössischer Rechtsgestaltung machen wollen[127]). So sehr ihnen im Ziel zuzustimmen ist, erscheint es doch richtig, dem Recht des Vermögensverkehrs einen gewissen Grad von freiem Interessenspiel zu belassen, und es von den Rechtsverhältnissen zu unterscheiden, die nicht auf den Tausch von Werten, sondern auf Herstellung eines Gemeinschaftsverhältnisses gerichtet sind. Weil es sich im Arbeitsverhältnis nach der Auffassung des AOG. nicht um einen Tausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt mehr handelt, sondern um gemeinsame Arbeit, ist es heute kein Schuldvertrag des BGB. mehr.

Dem entspricht die tatsächliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses schon seit langem. Die dem Schuldrecht eigene Gestaltungsfreiheit besteht im Arbeitsrecht nicht mehr, soweit es sich um abhängige Arbeit, d. h. Arbeit in einem fremden Betrieb handelt. Das Arbeitsverhältnis hat vielmehr eine weitgehende Normierung erfahren; allerdings nicht in dem Sinne einer Gleichbehandlung aller Arbeitsverhältnisse durch die z. B. dem Handelsrecht geläufigen Geschäftsbedingungen, sondern durch die Unterwerfung des Arbeitsverhältnisses unter die Ordnung des Betriebes, wie sie heute in der BetrO. und den allgemeinen betrieblichen Regelungen zum Ausdruck kommt, und durch die tarifliche Bindung seit der Nachkriegszeit. Diese Gestaltung, die nunmehr seit dem Erlaß des AOG. durch die obligatorische BetrO. in Großbetrieben und die unter gewissen Voraussetzungen vorgeschriebene TarifO. auf eine breite gesetzliche Grundlage gestellt worden ist, wurde schon vor dem AOG. von einigen Schriftstellern in ihrer besonderen Bedeutung hervorgehoben. An erster Stelle ist hier Gierke zu nennen, der in mehrfacher Weise befruchtend auf das Arbeitsrecht gewirkt hat[128]); er sieht schon den Arbeitsvertrag als den „die Persönlichkeit einem größeren oder klei-

126) Vgl. auch den Hinweis auf die schuldrechtliche Ausdrucksweise „Vertragsgegner" bei Bärwinkel-Leue JW 34, 596.

127) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht; Larenz, Die Wandlung des Vertragsbegriffes DR 1935, 491; Huber, Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW 1937, 1114.

128) Gierke, Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, S. 104 f., 191, 246 f.; ders., Die Wurzeln des Dienstvertrages.

neren wirtschaftlichen Herrschaftsverband eingliedernden Anstellungsvertrag“ [129]) an, dessen Funktion „in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze“ [130]) bestehe. Er deutet damit schon damals an, daß dem Dienstvertrage anders als den übrigen Schuldverträgen die ihnen eigentümliche Gestaltungsfreiheit fehlt, denn eine Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze [131]) bedeutet zwar Freiheit des Eintritts, aber nicht immer Freiheit der Gestaltung des Inhalts. Diese geschieht vielmehr durch die besondere Ordnung und die eigenen Gesetze des Betriebes. Ähnlich, aber mit besonderer Hervorkehrung der Abwendung vom Schuldrecht des BGB., Potthoff: „Wichtigste Tatsache im Arbeitsverhältnis ist nicht der Tausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt, sondern das Eingliedern des Menschen in eine fremde Unternehmung [132]), die Zusammengliederung vieler Menschen zur Arbeitsgemeinschaft des Betriebes [133]). Denn dem Unternehmer kommt es nicht darauf an, eine Summe einzelner Arbeitsleistungen zu erhalten, sondern darauf, eine Anzahl geeigneter Kräfte zur Verfügung zu haben“.[134]) Maßgebend für das Arbeitsverhältnis sind daher die Bedürfnisse des Betriebes, die sich in seiner Ordnung ausprägen, nicht die Willensübereinstimmung von Unternehmer und Arbeitnehmer als einzelne. „Gegenwärtig ist diese Willensübereinstimmung völlig beschränkt auf den einen Punkt, daß der Arbeitnehmer eine bestimmte Arbeit beim Arbeitgeber übernimmt“ [135]). Durch diese Entwicklung „schrumpft das Willensmoment im Arbeitsvertrag immer mehr zu einem rechtlich freiwilligen Eintritt in eine rechtlich fertige Stelle mit festem Rechts- und Pflichtenkreis zusammen, der keineswegs auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschränkt ist“ [136]). Auf derselben Linie liegen die Untersuchungen Krellers, die er in der Begriffsbestimmung zusammenfaßt: der Arbeitsvertrag sei ein „freiwilliger vertragsmäßiger Eintritt in ein im wesentlichen fertig normiertes Rechtsverhältnis“ [137]) [138]).

Nachdem das AOG. den Betrieb in den Mittelpunkt gestellt hat und die betriebliche Ordnung in die Hand des Führers des Betriebes gelegt hat, ist die oben dargestellte Entwicklung zu einem Abschluß gebracht, weil nun dieses „herrschaftlich geleitete Ganze“ gesetzlich als Mittelpunkt des Arbeitsrechts anerkannt ist. Die Betriebsgemeinschaft, die in §§ 1, 2 AOG. niedergelegt ist, ist die feste gesetzliche

---

129) Gierke, Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht S. 191.
130) Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 593.
131) wir würden heute sagen „Betrieb“.
132) Potthoff, Arbeitsrecht 1928, S. 24.
133) Potthoff, Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht S. 24.
134) Potthoff, Wesen und Ziel S. 14.
135) Potthoff, NZfAR 1931, 284.
136) Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts S. 18.
137) Kreller, Arch. ziv. Prax. 120, S. 20; ders., ArbR 1924, 873 ff.
138) Ähnlich auch: Hueck Jherings Jahrb. 74, 365; Hueck-Nipperdey I, 118.

Grundlage für eine solche Auffassung des Arbeitsverhältnisses. In der BetrO. ist Raum für die rechtliche Gestaltung der Betriebsgemeinschaft, und diese rechtliche Ordnung ist im Gegensatz zum früheren Rechtszustand eine umfassende. Wenn demgegenüber darauf hingewiesen wird, daß sowohl vom Standpunkt des gegenwärtigen Rechts als auch der zukünftigen Gestaltung im Sinne des Leistungsprinzips eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung die Regel ist und erwünscht wird [139]), so steht das nicht in grundsätzlichem Widerspruch zu dem obigen Ergebnis. Die vertragliche Überschreitung des Lohnes oder Urlaubs einer BetrO. oder TarifO. ist zunächst eine seltene Erscheinung; es handelt sich bei ihnen aber nur um zusätzliche Vereinbarungen im Arbeitsverhältnis; die betriebliche Ordnung ergreift in jedem Falle das Arbeitsverhältnis als ganzes und nur in diesem einen Punkte entsteht eine Abweichung. Als Grundlage des Arbeitsverhältnisses bleibt jedenfalls in erster Linie die Gestaltung durch die Gemeinschaftsordnung des Betriebes bestehen [140]). Für die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses bedeutet das, daß es nicht mehr als Erfüllungszustand eines zugrundeliegenden Austauschverhältnisses angesehen werden kann. Es ist vielmehr ein Gliedstück der Betriebsgemeinschaft, das in ihrer rechtlichen Ordnung seine Gestaltung erhält [141]). Die Zugehörigkeit zum Betrieb ist Voraussetzung für die Anknüpfung der betrieblichen Rechtswirkungen, und die Grundlage der arbeitsrechtlichen Ansprüche ist nicht mehr vorwiegend in der vertraglichen Verpflichtung, sondern in der objektiven Ordnung des Betriebes zu suchen. Das Arbeitsverhältnis ist somit nach dem AOG. ein Betriebszugehörigkeitsverhältnis.

Für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses ergeben sich hieraus bedeutsame Folgerungen. Als Betriebszugehörigkeitsverhältnis unterliegt es den Normen des AOG., der BetrO. und der TarifO. Es ist daher vor allem von den Grundsätzen des § 2 Abs. 2 AOG. durchdrungen, der unmittelbar ein einmal begründetes Arbeitsverhältnis gestaltet. Das war zwar eine Zeit lang bestritten, indem behauptet wurde, die Treue- und Fürsorgepflicht des § 2 Abs. 2 AOG. seien nur als öffentlichrechtliche Pflichten anzusehen, die zwar das Arbeitsverhältnis im Wege der Auslegung beeinflußten, aber keine weitere sog. privatrechtliche Bedeutung hätten [142]). Auf diesem Wege kam man zur Unterscheidung zwischen einer öffentlichrechtlichen und einer privatrechtlich vertraglichen Treue- und Fürsorgepflicht [143]). Mit Siebert [144]) und ihm folgend einigen Schriftstellern [145]) und reichs-

139) Mansfeld, DArbR 1936, 121 ff.
140) Mansfeld, ZAkfDR 1936, 908.
141) Siebert S. 85 ff.; Dersch ZAkfDR 1935, 902; ders. ZAkfDR 1936, 1034; ders. NSSozPol. 1936, 610; Thieme, DR 1935, 501 ff.; Mansfeld, JW 1936, 481 ff.
142) Mansfeld Komm. § 2, 2 d; Hueck Komm. § 2, 15 ff.; Weigelt NSSozpol. 1934, 269 ff.
143) Siebert S. 48.
144) Siebert S. 56 ff.
145) Rhode ZAkfDR 36, 372 f. — Schoan ZAkfDR 1936, 710 — Müller NSSozPol. 1936, 333 — jetzt auch Mansfeld JW 1936, 483 u. DArbR 1936, 129.

arbeitsgerichtlichen Entscheidungen[146]) ist aber anzunehmen, daß § 2 Abs. 2 AOG. unmittelbarer Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist, weil es als Betriebszugehörigkeitsverhältnis direkt den Normen des AOG. unterliegt. Daraus folgt, daß nach dem AOG. die gegenseitige Treue die Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses ist[147]). Es bestand zwar bisher schon unter dem Gesichtspunkt des schuldrechtlichen Dienstvertrages eine Treupflicht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses[148]), die über das Maß des § 242 BGB. hinausgehen sollte[149]), weil im Arbeitsverhältnis auch nach der herrschenden BGB.-Ansicht gewisse personenrechtliche Elemente vorhanden waren[150]), aber diese Treupflicht war nur eine Nebenpflicht, die ergänzende Funktion hatte. Durch § 2 Abs. 2 als Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist diese Rechtspflicht zur Grundnorm geworden; man kann also sagen, daß eine Schwerpunktverschiebung stattgefunden hat[151]). Eine tatbestandsmäßige Aufzählung der daraus sich ergebenden Pflichten ist nicht möglich, richtiger Ansicht nach bedarf die Herleitung eines Anspruchs aus der Treuepflicht auch einer bestimmten gesetzlichen Fixierung, denn § 2 Abs. 2 AOG. ist zwar Inhalt und Gestaltungsprinzip des Arbeitsverhältnisses, aber nicht der Rechtsgrund, die causa der einzelnen Ansprüche[152]).

Aus der überragenden Bedeutung der Treue muß man mit Recht auf einen stärkeren personenrechtlichen Gehalt des Arbeitsverhältnisses schließen, weil die Erfüllung der Treuepflicht den Einsatz der Persönlichkeit erfordert. Die Frage, ob damit das Arbeitsverhältnis, das, wie wir gesehen haben, nicht mehr unter das Schuldrecht gestellt werden kann, ein Personenrechtsverhältnis ist, ist allerdings hiermit noch nicht entschieden. Nach der einen Ansicht handelt es sich um ein rein personenrechtliches Rechtsverhältnis[153]) oder ein personenrechtliches Gliedschaftsverhältnis[154]), andererseits wird es aber noch als Vertrag mit personenrechtlichen Elementen, mit „vorbetonter Gemeinschaftsfunktion“[155]) angesehen. Aus einer Betrachtung des Inhalts des Arbeitsverhältnisses ergibt sich jedoch, daß diese letztere Anschauung nicht den Kern der neuen rechtlichen Gestaltung trifft. Der personenrechtliche Charakter ist zweifellos stark, weil das Arbeitsverhältnis den Menschen in seiner Ganzheit im Betriebe erfaßt;

---

146) RAG ArbRSamml. 23, 173 26, 176 und 26, 161.

147) Siebert S. 100; ders., NSSozPol. 35, 331 — DR 34, 461 ff. DR 34, 537 ff. u. a. m.; Kausen DArbR 34, 71 ff.

148) Staudinger Vorb. II 6 c zu §§ 611 ff.

149) Staudinger Vorb. I 3 zu §§ 611 ff.; Nikisch Jherings Jahrb. 80, 26 f

150) Vallbracht, Gießener Diss. 1927; Oertmann Arbeitsvertragsrecht S. 20 f. Kaskel-Dersch S. 137; Lehmann, Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts S. 11.

151) Hueck Komm. § 2, 16.

152) über die Streitfrage vgl. S. 46 der Abhandlung.

153) Siebert DR 34, 461 und 537; ders. DR 35, 481 ff.; Dersch DArbR 36, 67 ff. ZAkfDR 36, 1033 u. a. Weigelt, NSSozPol. 34, 269 ff. — Denecke DAR 34, 219 ff. — Klotz DArbR 35, 226 ff.

154) Siebert S. 82 ff. u. a. m.

155) Müllereisert DArbR 36, 94 ff.

die personenrechtlichen Elemente sind dadurch zwangsläufig in den Vordergrund der Struktur des Arbeitsverhältnisses getreten [156]). Zugleich enthält es aber auch starke vermögensrechtliche Elemente. Der Lohnanspruch vor allem ist fast immer die Triebfeder, ein Arbeitsverhältnis einzugehen; er hat ferner insofern besondere Bedeutung, weil der Lohn Lebensgrundlage für die Mehrzahl der arbeitenden Volksgenossen ist. Nun schließt allerdings die Rechtsnatur eines personenrechtlichen Rechtsverhältnisses nicht aus, daß auch vermögensrechtliche Elemente eingechlossen sind, ohne daß es dadurch zum Vermögensrecht wird [157]). Bei einer natürlichen Betrachtung der Rechtswirklichkeit ergibt sich aber, daß die vermögensrechtlichen Bestandteile im Arbeitsverhältnis so stark überwiegen, daß die Einreihung in das Personenrecht nicht ohne einen gewissen Zwang möglich ist. Das Arbeitsrecht steht vielmehr dem reinen Personenrecht (Ehe-Familienrecht) ebenso fern wie dem Recht des Vermögensverkehrs. Das Arbeitsverhältnis muß daher als ein Rechtsverhältnis eigener Art bezeichnet werden, in dem personenrechtliche und vermögensrechte Elemente vereint sind [158]). Es bestehen keine Bedenken, eine solche Zwischenstufe zu schaffen, denn das deutsche Recht war, wie Hueck [159]) richtig bemerkt, niemals so in Begriffen verfangen, daß es eine dem Leben entsprechende Rechtsgestaltung nicht anerkennen könnte. Nur so wird man der Rechtswirklichkeit gerecht und preßt sie nicht aus systematischen Gründen in Formen, die ihr fremd sind [160]).

§ 8. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Während über die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses heute immerhin schon eine ziemlich weitgehende Einigung erzielt worden ist [161]), ist die Frage der Begründung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere seit der Umgestaltung durch das AOG., noch sehr umstritten [162]). Gerade die neuesten Untersuchungen gehen vorwiegend um dieses Problem [163]). Das AOG., dessen Regelung dem Betrieb in seiner fertigen Gestalt gilt, gibt keine Anhaltspunkte, wie die Zugehörigkeit zum Betrieb und zur Betriebsgemeinschaft erworben

---

156) Hueck Komm. § 2, 16.
157) Potthoff, ArbR 1923, 419 f.; Siebert S. 84.
158) So: Richter, Grundverhältnisse S. 5; Zimmer S. 46; Hueck Komm. § 2, 16.
159) Hueck Komm. a.a.O.
160) vgl. hierzu Coenders in Festschrift für Lehmann 1937 S. 1 ff.
161) Während Siebert (S. 448) noch darauf hinweisen konnte, daß der Arbeitsvertrag als Grundlage angesehen wurde, ist heute seine Ansicht die herrschende geworden. Vgl. oben Anm. 141.
162) Dersch ZAkfDR 35, 902.
163) Mansfeld, DArbR 36, 121 ff. u. JW 36, 481 f.; Hentschel DArbR 36, 299 ff.; Siebert DArbR 37, 18 ff. und 44 ff. — ferner JW 37, 1103 ff.; Nipperdey, DArbR 37, 142 ff.

wird[164]). Es wäre verfehlt, aus der Terminologie des Gesetzes Schlüsse zu ziehen[165]), denn diese ist so uneinheitlich[166]), daß auf eine Stellungnahme des Gesetzgebers zur Frage der Begründung daraus nicht geschlossen werden kann. Wichtige Aufschlüsse könnte ferner der Entwurf des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, der von der Akademie für Deutsches Recht ausgearbeitet ist, geben, aber die kurzen Ausführungen Derschs[167]) über diese Frage genügen nicht, und vor allem fehlt bis jetzt eine amtliche Stellungnahme.

Faßt man das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis der Betriebszugehörigkeit des einzelnen Arbeitnehmers auf, so wird es begründet durch den Eintritt in den Betrieb — von ihm aus gesehen — oder die Einordnung bzw. Eingliederung in den Betrieb, vom Führer des Betriebes aus gesehen[168]). Diese Einordnung in den Betrieb ist eine rechtlich freiwillige, sie setzt also Vereinbarung, und zwar Willenseinstimmung voraus. Zwar ist sie kein schuldrechtlicher Vertrag, weil sie sich nur darauf bezieht, in den Betrieb eingeordnet zu werden, nicht aber auf inhaltliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, man kann sie aber doch als Vertrag bezeichnen. Siebert nennt diese Art der Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses zur Unterscheidung von anderen Rechtsverhältnissen eine „Einigung" oder ein „Arbeitsgelöbnis"[169]). Ein praktisches Bedürfnis für eine solche Differenzierung besteht indessen nicht. Die Vergleiche mit ähnlichen gemeinschaftsschöpferischen Vorgängen im Beamtenrecht, bei der Aufnahme in die SA., beim Eherecht usw., können das nicht beweisen, denn hier handelt es sich um rein personenrechtliche bzw. sogar hoheitsrechtliche Akte[170]). Eine Willensübereinstimmung, die verpflichtend wirken soll, wird im deutschen Recht und im internationalen Gebrauch „Vertrag" genannt, ohne daß dieser Begriff auf schuldrechtliche Vorgänge beschränkt ist[171]). Die Einordnung in den

---

164) Weigelt, SozPrax. 1934, 249: „Es (das AOG) befaßt sich mit der Ordnung der Betriebsgemeinschaft als eines v o r h a n d e n e n Gebildes, nicht aber mit ihrer Begründung und ihrer doch ständig notwendigen Erneuerung. Es verteilt die Rollen im Betrieb, beruft den Unternehmer zum Führer des Betriebes und die vorhandenen Arbeiter und Angestellten zu Gefolgsleuten und weist ihnen Aufgaben und Pflichten innerhalb der Gemeinschaft zu, sagt aber nichts darüber, wie jemand Mitglied der Betriebsgemeinschaft wird."

165) vgl. Siebert S. 9.

166) Arbeitsvertrag: §§ 27, 6, 28, 32, 61, 1, 69, 1; Arbeitsverhältnis: 20, 3, 27, 5, 32, 58; Betriebsangehöriger: 6, 2, 10, 1, 29, 30, 31, 35, 36, 39, 43; Beschäftigter: 5, 1 7, 20, 26, 28, 31, 56.

167) Dersch DArbR 35, 190 und ZAkfDR 35, 902.

168) Die Lehre von der Einordnung in den Betrieb ist zuerst von Molitor entwickelt worden, Arbeitnehmer und Betrieb und NZfAR 31, 117. Später ihm folgend Mainzer und die Literatur nach dem AOG.

169) Siebert S. 87.

170) so Huber JW 37, 1111 ff.

171) Der Einwand, unter Vertrag verstehe man nur eine Einigung zweier Parteien, die von einem grundsätzlichen Interessengegensatz ausgingen, stimmt nur für das Schuldrecht (vgl. die Einigung des § 929 BGB, die ein Vertrag ist!), sie soll aber auch hier dieser Bedeutung entkleidet werden.

Betrieb als Begründungsakt des Arbeitsverhältnisses, als schöpferischer Entstehungsakt[172]) kann daher als Vertrag angesehen werden[173]). Die Einordnung in den Betrieb ist folglich auch ein Rechtsgeschäft[174]); ihre Voraussetzungen bestimmen sich jedoch nicht nach dem Allgemeinen Teil des BGB., weil das Arbeitsverhältnis nicht unter das Schuldrecht des BGB. gehört und die Einordnung in den Betrieb kein Rechtsgeschäft des BGB. ist.

In der Regel ist die Einordnung jedoch auch nach BGB. wirksam oder mit einem nach bürgerlichem Recht wirksamen Vertrag verbunden[175]). Dieser Vertrag hat insofern besondere Bedeutung, als nur er wirksame zusätzliche Abreden über Lohnhöhe, Urlaub usw. im Sinne des Leistungsprinzips schaffen kann. Ob er darüber hinaus auch für die allgemeine betriebliche Ordnung noch in irgendeiner Weise Voraussetzung ist, z. B. für den Kündigungsschutz der §§ 56 ff. AOG., mag dahingestellt bleiben[176]), weil die Frage ein weiteres spezielles Problem betrifft und für die vorliegende Frage ohne Bedeutung ist.

Voll begründet ist ein Arbeitsverhältnis dann, wenn die vertragliche Abrede gültig ist und die Einordnung in den Betrieb stattgefunden hat. Der Vorgang des Abschlusses eines Arbeitsverhältnisses ist daher in der Regel zeitlich ausgedehnt und erstreckt sich von der ersten vertraglichen Abrede bis zum endgültigen Eintritt in den Betrieb. Die Vereinbarung allein schafft noch kein Arbeitsverhältnis, auch nicht ein Arbeitsverhältnis mit befristeter Eingliederung[177]); denn wer am 1. 4. einen Arbeitsvertrag schließt, auf Grund dessen er am 1. 6. in den Betrieb eintritt, ist am 1. Mai noch nicht Mitglied des Betriebes, er unterliegt in dieser Zeit weder der Ehrengerichtsbarkeit, noch kann er, falls schon „Lohn“[178]) gezahlt wird, den Tariflohn beanspruchen. Er ist lediglich verpflichtet, am 1. 6. in den Betrieb einzutreten, und diese Verpflichtung ist schuldrechtlicher Art. Ein gültiger Vertrag, dem keine Einordnung folgt, bringt kein Arbeitsverhältnis zur Entstehung, denn ihm fehlen alle speziell arbeitsrechtlichen Wirkungen; er kann nur zu schuldrechtlichen Ersatzansprüchen führen. Die Einordnung, die andererseits ohne gültigen Vertrag erfolgt, entbehrt aller wirksamen zusätzlichen Abreden im Sinne der

172) Dersch DArbR 36, 67 und Mansfeld, DArbR 36, 118 f.

173) Dersch, ZAkfDR 36, 1034; Hentschel, DArbR 36, 300; Mansfeld, DArbR 36, 122 und JW 36, 481 ff.

174) entgegen: Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 16 ff.; Mainzer S. 77 f.; Nikisch, Das AOG S. 22.

175) Mainzer S. 50; Nikisch S. 22 und JW 35, 1290; Siebert ursprünglich a. A. — vgl. a.a.O. S. 85 ff. jetzt aber DArbR 37, 45.

176) Zimmer, S. 42 ff. hält einen Vertrag, der nach BGB wirksam ist, für den Kündigungsschutz des § 56 AOG wie für den Entlassungsschutz des § 20 AOG nicht für erforderlich. A. A. sind Nikisch, Das AOG S. 48 f. und Siebert JW 37, 1108 ff.

177) So Nipperdey DArbR 37, 142 ff.

178) Siebert DArbR 37, 45 weist mit Recht darauf hin, daß es sich hierbei garnicht um einen echten Lohnanspruch handelt.

§§ 29, 32 AOG., wenn sie auch die Anwendung der allgemeinen Normen der arbeitsrechtlichen Gesetze und der Betriebsordnung bzw. Tarifordnung hervorruft.

§ 9. Das Arbeitsverhältnis bei unwirksamem Arbeitsvertrag und seine Bedeutung im Arbeitsrecht.

Wir sind oben davon ausgegangen, daß ein Arbeitsverhältnis regelmäßig begründet wird durch Einordnung in den Betrieb, die mit einem rechtsgeschäftlich gültigen Vertrag verbunden ist. Während nun aber nach schuldrechtlichen Gesichtspunkten ein nichtiger Vertrag keine rechtlichen Wirkungen hervorruft, ist hier die Einordnung unabhängig von der Mangelhaftigkeit des Vertrages, weil sie nur eine natürliche Willensbildung voraussetzt. Zwar fallen bei nichtigem Vertrag die zusätzlichen Vereinbarungen weg, aber die allgemeine Ordnung des Betriebes findet doch Anwendung auf den durch die Einordnung begründeten Tatbestand. Es entsteht also nicht ein rechtliches Nichts, ein nichtiges Arbeitsverhältnis, sondern ein Arbeitsverhältnis, das mit Ausnahme der vertraglich-zusätzlichen Abreden die vollen arbeitsrechtlichen Wirkungen nach sich zieht. Nach früherem Recht und auch nach der überwiegenden heutigen Ansicht fehlt ihm u. a. auch der Lohnanspruch, weil dieser stets mit dem rechtsgeschäftlichen Vertrag verbunden wird. Ob das nach dem AOG. noch richtig ist, ist die Aufgabe der Untersuchung; bevor auf dies Problem eingegangen wird, soll jedoch die Bedeutung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses in den verschiedenen arbeitsrechtlichen Gebieten betrachtet werden.

Das Arbeitsverhältnis ohne gültigen Vertrag als der Tatbestand der Betriebszugehörigkeit hat im Arbeitsrecht schon seit langem eine besondere Beachtung erfahren, weil viele Gesetze ihre Rechtswirkungen an diesen Tatbestand anknüpften, ohne nach dem Vertrag zu fragen. So wurden im Laufe der Entwicklung die fehlerhaften Arbeitsverhältnisse immer mehr den vollgültigen ähnlich.

Ausgegangen ist diese Entwicklung von der Sozialversicherung. Die maßgebenden Bestimmungen der Versicherungsgesetze lauten: Voraussetzung der Versicherung ist, daß die Versicherten „gegen Entgelt beschäftigt werden" (§§ 165, 1226 RVO., § 1 AVG.). Der Wortlaut dieser Bestimmungen läßt keinen Zweifel zu, daß die Versicherungspflicht lediglich an die tatsächliche Beschäftigung anknüpft. So auch die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum [179]). Das Bestehen eines gültigen Vertrages ist also nicht Voraussetzung der Anwendung der Sozialversicherung, es ist vielmehr gleichgültig, ob die Beschäftigung auf Grund eines Vertrages oder ohne Vertrag stattfindet. Nur eine Ausnahme wird gemacht: „Eine gegen die guten Sitten oder die Strafgesetze verstoßende Beschäftigung kann die Versicherungspflicht nicht begründen. Dagegen tritt die Versicherungs-

179) RGZ 66, 45 — Preuß. OVG 27, 345 und 30, 360; Dersch AVG

pflicht ein, wenn in einem erlaubten Gewerbe verbotswidrig bestimmte Arten von Arbeitern beschäftigt werden“ [180]). Im Sozialversicherungsrecht hat sich im Anschluß an diese Auslegung auch das sog. mittelbare Beschäftigungsverhältnis herausgebildet, bei dem irgendwelche vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer überhaupt nicht getroffen werden, das aber trotzdem der Versicherungspflicht durch den Unternehmer untersteht.

Ferner ist hier die Arbeitsgerichtsbarkeit zu nennen. Schon vor dem ArbGG. hatte die Rechtsprechung der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte den Standpunkt eingenommen, daß die ihr unterfallenden Streitigkeiten auch dann zu ihrer Zuständigkeit gehörten, wenn kein gültiger privatrechtlicher Akt vorhanden sei, sondern nur eine tatsächliche Beschäftigung stattgefunden habe [181]). Für das ArbGG. ist diese Auffassung insofern von Bedeutung, als § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG. von der Zuständigkeit von Streitigkeiten aus dem „Arbeitsverhältnis“ spricht. Auch hier hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Arbeitsgerichte zuständig sind, ohne Rücksicht darauf, ob dies Arbeitsverhältnis auf einem Vertrag beruht oder der vertraglichen Grundlage entbehrt [182]).

Das Arbeiterschutzrecht kann sich ferner schon aus seiner Zweckbestimmung nicht um das Vorliegen eines gültigen Vertrages kümmern, da es sonst seine öffentlichrechtlichen Schutzaufgaben nur unvollkommen erfüllen kann. Der wirksam eingeordnete Arbeitnehmer unterliegt daher ohne Rücksicht auf den Vertrag dem Arbeiterschutz [183]).

Bedeutsam ist ebenfalls die Anknüpfung des Kündigungsschutzes nach dem Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926 in der Berechnung der Beschäftigungsjahre an die tatsächliche ununterbrochene Beschäftigung ohne Rücksicht darauf, ob ein oder mehrere Verträge geschlossen worden sind und ob einer dieser Verträge rechtlich unwirksam ist [184]). Eine andere Auslegung würde zweifellos dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen, denn nicht die Dauer der vertraglichen Bindung, sondern der tatsächlichen Arbeitsleistung im Betrieb verlangt nach einem verstärkten sozialen Schutz in Form der Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen.

---

3. Aufl. § 1, 15 c; Stier-Somlo RVO § 165, 20; Molitor-Hueck-Riezler a.a.O. S. 39; Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, S. 114 Anm. 9; Potthoff, Arbeitsrecht S. 47 ff.; ders. ArbR 1922, 28 ff.

180) Anleitung über den Kreis der nach RVO versicherten Personen Ziffer 9 — mitgeteilt von Bodmann, ArbR 1925, 807.

181) vgl. Urteil des GewG Berlin vom 11. 11. 03 in Baum, Handbuch Nr. 82 S. 51. Derselben Ansicht Lotmar II, 379 Anm. 2.

182) Dersch-Volkmar, ArbGG. S. 123; Pracht, ArbGG. § 2, 8 a. Zinkann S. 45 f.

183) Potthoff, JW 21, 1285 ff., ArbR 22, 277, JW 27, 225 ff., DJZ 27, 1656 ff., ArbRPrax. 28, 5 ff.; Richter Grundverhältnisse S. 75; Denkschrift S. 30 f.; Molitor-Hueck-Riezler a.a.O. S. 39 f.; Dersch, ArbRPrax. 1930, 144; Mainzer a.a.O. S. 63 f.

184) Richter NZfAR 1930, 545; Mainzer a.a.O. S. 65.

In ähnlicher Weise wird der Urlaub, der früher meist tarifvertraglich festgelegt war und heute in den BetrO. und den TarifO. enthalten ist, berechnet. Die Länge des Urlaubs und die Höhe des Urlaubsentgelts sind in der Regel nach Alter und vor allem Beschäftigungsjahren abgestuft. Auch hier kann es nicht darauf ankommen, ob ein Arbeitnehmer in einem gewissen Zeitraum einen oder mehrere Verträge mit dem Unternehmer abgeschlossen hat und ob der eine oder andere rechtlich unwirksam ist, sondern nur darauf, wie lange er tatsächlich beschäftigt ist[185]).

Auch das Betriebsrätegesetz[186]) und die Tarifvertragsverordnung[187]) haben die Betriebszugehörigkeit in weitgehender Weise berücksichtigt. Obwohl eine Betrachtung dieser Gesetze nur von historischem Interesse ist[188]), soll sie hier erfolgen, weil sie zeigt, wie weitgehend schon vor dem AOG. an die Betriebszugehörigkeit angeknüpft wurde, andererseits aber auch, weil mit manchen Problemen des AOG. (Vertrauensratswahl, Kündigungsschutz, Rechtswirkung der BetrO.) eine große Ähnlichkeit besteht. Das Betriebsrätegesetz führte das System der Betriebsvertretung ein, die durch die Belegschaft gewählt wurde. Die Voraussetzung des aktiven und passiven Wahlrechts war dabei nicht das Bestehen eines gültigen Arbeitsvertrages; eine andere Auslegung hätte dazu führen müssen, daß eine Betriebsratswahl angefochten werden könnte, wenn sich später herausstellte, daß ein Arbeitsvertrag nichtig war, oder sogar, wenn er nachträglich wirksam nach §§ 119 ff. BGB. angefochten worden wäre. Ebenso geschah die Berechnung der Abgangsentschädigung nach § 87 BRG., der damaligen Kündigungswiderrufsklage, nach Beschäftigungsjahren, nicht nach der Dauer des Vertrages[189]).

Umstritten war die Frage, ob der sog. normative Teil eines Tarifvertrages auch auf bloße Beschäftigungsverhältnisse Anwendung finden konnte, d. h. ob auch der vertraglos Beschäftigte die Rechte aus dem Tarifvertrag geltend machen konnte, also z. B. einen Lohnanspruch hatte. Das ist für das vorliegende Problem insofern von Bedeutung, als sich daraus ergibt, ob der Arbeitnehmer schon früher einen echten Lohnanspruch bei Fehlen eines gültigen Vertrages hatte. — Für die rechtliche Geltungskraft der Tarifverträge war maßgebend der § 1 der TVO. vom 23. 12. 1918, der bestimmt, daß durch Tarifverträge die Bedingungen für den Abschluß von „Arbeitsverträgen" geregelt werden. Das läßt zunächst auf die Notwendigkeit eines gültigen Vertrages schließen. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung nahm ein Teil des Schrifttums jedoch an, daß auch Arbeitsverhältnisse ohne Arbeitsvertrag von einem Tarifvertrag erfaßt wür-

185) Mainzer S. 65 f.; heute LAG Hamburg vom 22. 11. 34 194/34 ArbRSamml. 25, 25.
186) vom 4. 2. 1920.
187) vom 23. 12. 1918.
188) aufgehoben durch § 65 AOG.
189) Mainzer a.a.O. S. 66 ff.; Denkschrift S. 30 f.

den[190]), und dieser Meinung schloß sich auch Potthoff in der Denkschrift zum Entwurf von 1923 an[191]). Die angeführten Schriftsteller gingen davon aus, daß der normative Teil der Tarifverträge ebenso wie die öffentlichrechtlichen Vorschriften im Arbeitsrecht nur an den Tatbestand der Betriebszugehörigkeit anknüpften und erhielten dadurch für die Fälle nichtiger Verträge einen tariflichen Lohnanspruch für den Arbeitnehmer. Demgegenüber weisen Molitor und Nipperdey[192]) darauf hin, daß der klare Wortlaut der TVO. einen Arbeitsvertrag zugrunde lege und ein anderes Ergebnis auch deshalb unhaltbar sei, weil das geltende Recht keinen Lohnanspruch auf Grund der Arbeitsleistung, sondern nur auf der Grundlage einer vertraglichen Verpflichtung kenne. Die Streitfrage kann hier nicht entschieden werden. Siebert[193]), der der Potthoffschen Ansicht Recht gibt, urteilt wohl zu sehr vom gegenwärtigen Standpunkt des Arbeitsverhältnisses. Für die damalige gesetzliche Lage erscheinen die Ausführungen Nipperdeys und Molitors haltbarer, jedenfalls aber ist das gegenteilige Ergebnis mit größter Vorsicht aufzunehmen[194]) [195]).

Für das AOG. ergeben sich ähnliche Probleme vor allem bei der Frage, wie die Zahl der Beschäftigten zu berechnen ist in den häufigen Fällen, in denen eine gewisse Betriebsgröße Voraussetzung für eine Rechtsfolge ist, ob also auch die vertraglos Beschäftigten mitzählen; hiermit hängt ferner das Problem zusammen, ob die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft im Sinne von § 1 AOG. nur durch einen gültigen Vertrag oder auch schon durch die Einordnung in den Betrieb erlangt wird. Hierzu kann vorweg bemerkt werden, daß fast alle Kommentare, auch wenn sie in eingehenden theoretischen Ausführungen einen Arbeitsvertrag für unbedingt notwendig halten, in diesen Fragen, die die Praxis angehen, im Interesse einer gerechten Entscheidung vom Vertrag absehen, wenn auch mit verschiedener Begründung.

So ist heute anerkannt, daß die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft im Sinne von § 1 AOG. unabhängig vom Vertrag ist[196]). Die Ansicht Derschs(der übrigens bei der Rechtswirkung einer BetrO. und TarifO. von einem Vertrag unter Umständen absieht) ist nicht haltbar vom Standpunkt des Arbeitsverhältnisses als eines Betriebszugehörigkeitsverhältnisses. Es widerspricht auch der Auffassung des praktischen Lebens, einen Arbeitnehmer, der im Betriebe zwar ar-

190) Potthoff ArbR 22, 277 ArbR 28, 225, ArbRPrax. 28, 5; Hueck, ArbR 23, 347 ff.; Sinzheimer, Grundzüge S. 257; Schwenck, Leipz. Dissertation 1929 S. 19 ff.; Dersch ArbRPrax. 1930, 145; Kaskel-Dersch S. 99.

191) Denkschrift S. 30.

192) Molitor, TVO Komm. § 1, 4; Nipperdey, in Hueck-Nipperdey II, 61, bei Staudinger § 611 IV 3 c, ferner zum Urteil RAG ArbRS 6, 112; wohl auch: Kreller ArbR 24, 886.

193) Siebert a.a.O. S. 35.

194) Hueck selbst bezeichnet es als „formell logisch" nicht haltbar, wenn auch billig, vgl. ArbR 23, 347 ff.

195) ebenso Zimmer a.a.O. S. 38 f.

196) Nikisch AOG S. 22; Mansfeld Komm. § 1 3a 3 S. 90 f.; Hueck Komm. § 1, 19. Anderer Ansicht nur: Dersch Komm. § 1, 7 c.

beitet, aber aus irgendeinem Grunde keine gültige rechtsgeschäftliche Abrede getroffen hat, außerhalb der Betriebsgemeinschaft zu stellen. Selbst Mansfeld und Hueck, die sonst streng am Vorliegen eines Arbeitsvertrages festhalten, lassen für § 1 AOG. diese Ausnahme gelten, allerdings nur als „behelfsmäßige Rechtsfigur“ [197]), weil die Pflichten des Gefolgsmannes vorwiegend sittlicher Natur seien [198]) und es sich außerdem nicht um eine privatrechtliche Rechtsfolge handele, sondern vielmehr um eine öffentlichrechtliche, die ähnlich wie die Sozialversicherungspflicht, die Arbeiterschutzvorschriften u. a., nicht den Vertrag beachtete [199]). Richtiger erscheint es jedoch, diese Teilung in privatrechtliche und öffentlichrechtliche Bestandteile im Arbeitsverhältnis außer Acht zu lassen; die Berechtigung eines solchen Vorgehens war schon früher bestritten, denn eine klare Grenze zwischen beiden Rechtsgebieten war im Arbeitsrecht nicht zu finden, heute aber handelt es sich dabei überhaupt nicht mehr um eine grundsätzliche Teilung, sondern eher um eine theoretisch-systematische Abgrenzung. Man muß die Einordnung in den Betrieb als allein maßgebend für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft ansehen, denn nur sie, nicht der Vertrag, bewirkt die tatsächliche Verbindung mit den übrigen dem Betriebszwecke dienenden Kräften zu einer Betriebs- und Leistungsgemeinschaft [200]).

Ebenso sind nach der herrschenden Meinung bei der Zahl der Beschäftigten bei §§ 5 (Bildung des Vertrauensrates), 20 (Betriebsstillegung), 26 (Erlaß einer BetrO.), 35 (Unterwerfung unter die soziale Ehrengerichtsbarkeit) und 56 (Voraussetzung der Kündigungswiderruftsklage) AOG. die Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf den Vertrag zu berechnen [201]). Jedenfalls aber kann die rechtliche Wirksamkeit der betreffenden Rechtsfolgen, z. B. die Wahl eines Vertrauensrates, nicht mit der Begründung angefochten werden, daß eines der Arbeitsverhältnisse nicht auf einem gültigen Vertrag beruhten [202]).

§ 10. Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag wenn eine Betriebsordnung vorliegt.

Während die Rechtslehre heute unbedenklich fast alle arbeitsrechtlichen Normen auf den Tatbestand der ordnungsmäßigen Beschäftigung in einem Betrieb ohne Rücksicht auf den Vertrag anwen-

197) Mansfeld a.a.O.
198) Mansfeld a.a.O.
199) Hueck a.a.O.
200) Nikisch a.a.O.
201) Für § 5 AOG: Hueck Komm. § 5, 7; Siebert JW 37, 1104; für § 20 AOG Mansfeld Komm. § 20, 2; für § 26 AOG: Hueck Komm. 26, 11; für § 35 AOG: Hueck Komm. 35, 4; für § 56 AOG: Siebert JW 37, 1104. Mansfeld geht in allen Fällen vom Arbeitsvertrag aus, meint aber, daß die Tatbestände der Betriebszugehörigkeit als Ausnahmefälle „im Geiste des Gesetzes“ zu lösen sind. Vgl. Komm. § 5, 2 b S. 147.
202) Mansfeld Komm. § 5, 2 b S. 148.

det, ist der Lohnanspruch nach der herrschenden Meinung nach wie vor vom Bestehen einer gültigen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung abhängig. Es wird zwar anerkannt, daß die Entwicklung des Rechtes des Arbeitsverhältnisses von einem vertraglich orientierten Rechtsverhältnis zu einem Tatbestand, an den die Gesetze Rechtsfolgen anknüpfen, geführt hat, man beschränkt dies Ergebnis jedoch auf die sog. öffentlich-rechtlichen und satzungsrechtlichen Bestimmungen. Der privatrechtliche Teil, die materiellen Arbeitsbedingungen, werden allein auf den Vertrag gestützt. Das AOG. zeigt hierin aber einen neuen Weg durch die Möglichkeit der betrieblichen Festsetzung von materiellen Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung. Aus einer Betrachtung des Inhalts und der Rechtswirkung der BetrO. ergibt sich, daß nun der Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf den Lohn der BetrO. hat, auch wenn er keinen gültigen Vertrag geschlossen hat.

Nach § 26 AOG. müssen alle Betriebe, in denen mindestens 20 Angestellte und Arbeiter beschäftigt sind, eine BetrO. erhalten, die vom Führer des Betriebes erlassen wird. Der Inhalt der BetrO. ist in § 27 AOG. bestimmt und besteht aus drei Arten von Normen:

1. obligatorischer Inhalt,

2. bedingt obligatorischer Inhalt und

3. fakultativer Inhalt.

Die Festsetzung des Arbeitsentgelts und sonstiger materieller Arbeitsbedingungen gehört nach § 27 Abs. 3 AOG. zum fakultativen Inhalt, d. h. es steht dem Betriebsführer frei, ob er solche Bestimmungen treffen will, und, wenn er sie festsetzt, ob er sie in die BetrO. aufnehmen will. Trotzdem das Gesetz demnach von dem Standpunkt ausgegangen ist, die Aufnahme von Arbeitsbedingungen in die BetrO. nicht zur gesetzlichen Pflicht zu machen, betrachtet es sie doch als wichtigen Bestandteil einer BetrO. Das ergibt sich aus den §§ 29, 30 AOG. Der Grundsatz, daß die Bestimmungen der BetrO. Mindestbedingungen sind, die für einen besonderen Leistungslohn Raum lassen (§ 29 AOG) und daß diese Mindestbedingungen für alle Betriebsangehörigen rechtsverbindlich sind (§ 30 AOG), bezieht sich nur auf die materiellen Arbeitsbedingungen, in der Hauptsache also auf den Lohnanspruch, weil man nur sie, nicht die Ordnungsvorschriften, als „Mindestbedingungen" auffassen kann.

Auch die Literatur steht durchweg auf dem Standpunkt, daß eine BetrO. solche materiellen Arbeitsbedingungen, insbesondere Bestimmungen über die Löhne enthalten soll[203]). Mansfeld[204]) sagt geradezu: „Der dritte Abschnitt des Gesetzes regelt die neuen For-

203) Schlichting, NSSozPol. 34, 372 ff.; Fröde, NSSozPol. 34, 51 ff.; Kalckbrenner, DR 34, 463 f.; Mansfeld Komm. Vorbem. 1 zu § 26 S. 299; Hueck Komm. Vorbem. 2 zu § 26 S. 246.

204) Mansfeld a.a.O.

men, in denen sich künftig die Festsetzung der Arbeitsbedingungen vollziehen wird". Der gesamte Inhalt des Arbeitsverhältnisses kann und soll daher Inhalt der BetrO. sein[205]).

In der Praxis ist freilich die Festsetzung der materiellen Arbeitsbedingungen in der BetrO. eine seltene Erscheinung. Der Schwerpunkt der Lohnfestsetzung liegt seit dem umfassenden Ausbau des Tarifnetzes in den Tarifverträgen, d. h. heute in den Tarifordnungen. Nach dem AOG. besteht aber ebenso wie nach dem BRG. die Möglichkeit, die Löhne betrieblich festzulegen, sofern diese Löhne höher sind als die Tariflöhne oder wenn keine TarifO. besteht. Wenn in einer BetrO. solche Lohnsätze enthalten sind, ist ihre Rechtswirkung aber eine andere, als wenn sie vertraglich festgelegt sind.

Die Rechtswirkung der Normen der BetrO. ist die objektiven Rechts; die BetrO. ist eine autonome Satzung[206]), ein „Sondergesetz für die Arbeitsverhältnisse im Einzelbetrieb"[207]). Nach § 30 AOG. sind die Bestimmungen der BetrO. als Mindestbedingungen für die Betriebsangehörigen rechtsverbindlich; entgegenstehende Abreden sind daher nichtig, an ihre Stelle treten die Bestimmungen der BetrO. (sog. automatische Wirkung der BetrO.). Diese gelten ohne Rücksicht darauf, ob sie vereinbart sind, oder ob die BetrO. als ganzes zum Inhalt einer Einzelvereinbarung gemacht ist; sie haben sogar Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien sie kennen. Die Bestimmungen der BetrO. werden folglich nicht Bestandteil des Arbeitsvertrages, sie beherrschen vielmehr das Arbeitsverhältnis. Sie haben nach § 30 AOG. unmittelbare und zwingende Wirkung, ohne daß auch eine vertragliche Wirkung fingiert zu werden braucht. Eine solche Rechtswirkung ist das Merkmal objektiven Rechts. Zwar handelt es sich nicht — im Gegensatz zur TarifO. — um ein staatliches Gesetz oder um eine Rechtsverordnung, weil sie vom Führer des Betriebes und nicht von einer staatlichen Stelle erlassen ist. Das Recht der BetrO. ist vielmehr delegiertes Gesetzesrecht, autonomes Recht auf Grund der gesetzlichen Delegation an den Führer des Betriebes.

Das ist heute unbestrittene Meinung. Einer notwendigen Klärung bedarf aber noch das Verhältnis von Betriebsordnung und Arbeitsverhältnis. Ein Eingehen der Normen der BetrO. in den Arbeitsvertrag[208]) wird heute wohl nicht mehr vertreten[209]); wie aber die Einwirkung der BetrO. im einzelnen ist, ist sehr umstritten.

---

205) Hueck a.a.O.

206) Mansfeld Komm. Vorb. 3 a zu § 26; Hueck Komm. Vorbem. 6 zu § 26; Dersch Komm. § 26, 2 a; Dersch DArbR 34, 63 ff.; Huber JW 34, 1019; Herschel ArbR u. Volkst. 34, 59; Nikisch AOG S. 48; Westermann, NSSoz. Pol. 34, 239 ff.; RAG 21. 9. 35. 140/35 ArbRSamml. 25, 100.

207) Mansfeld a.a.O.

208) so noch Grussendorf S. 45: „die BetrO ist unabdingbarer Bestandteil seines Arbeitsvertrages".

209) vgl. dazu RAG 9. 1. 37 199/36 ArbRSamml. 29, 3 mit Anmerkung von Nipperdey, ferner RAG 17. 4. 37 292/36 ArbRSamml. 29, 381 mit Anmerkung von Nipperdey.

Hueck, der der BetrO. auch unmittelbare und zwingende Wirkung ohne Rücksicht auf vertragliche Vereinbarung zuspricht[210]), sagt andererseits, BetrO. und TarifO. hätten die Aufgabe, den Inhalt des Arbeitsvertrages zu bestimmen, ebenso wie dies die Hauptfunktion der den Arbeitsvertrag regelnden Gesetze (z. B. §§ 611 ff. BGB., §§ 59 ff. HGB., §§ 120 ff. RGewO.) sei[211]). Soweit es sich in diesen Gesetzen um nachgiebige Vorschriften handelt, ist der Vergleich zweifellos nicht richtig. Denn die nachgiebigen Vorschriften treten erst dann ein, wenn von den Parteien nichts anderes vereinbart ist. Aber auch bei den sog. zwingenden Gesetzesbestimmungen, dem jus cogens, ist die Rechtslage eine andere als bei der BetrO. Es besteht für die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BGB., HGB. oder der GewO., soweit sie nicht Arbeitsschutznormen enthalten, kein Zweifel, daß sie einen Vertrag zur Voraussetzung haben. Demnach ist es auch richtig, sie als vertragliche Ansprüche zu bezeichnen, trotzdem sie ohne Vereinbarung auf Grund der gesetzlichen Fixierung wirken, denn das Gesetz gibt diese Ansprüche erst dann, wenn ein gültiger Vertrag zugrunde liegt.

Es ist aber nicht richtig, diese Erkenntnis ohne weiteres auf die Rechtslage bei der BetrO. zu übertragen, weil damit die Funktion zwingender gesetzlicher Normen verkannt wird. Jedes Gesetz enthält zwei Bestandteile: Tatbestand und Rechtswirkung. Zum Tatbestand der arbeitsrechtlichen zwingenden Vorschriften des BGB., z. B. des § 618, gehört ein Vertrag, die Rechtsfolge tritt daher nur dann ein, wenn der Arbeitsvertrag rechtsgültig vorliegt. Der Tatbestand, an den die Normen der BetrO. ihre Rechtswirkungen anknüpfen, ist aber die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, weil es in § 30 AOG. heißt, „die Bestimmungen der BetrO. sind für die Betriebsangehörigen ... rechtsverbindlich". Ob die Betriebsangehörigkeit im Sinne von § 30 AOG. allerdings einen gültigen Vertrag voraussetzt oder nicht, ist sehr umstritten. Auf der einen Seite steht die Ansicht Huecks, daß Voraussetzung der Wirkung der BetrO.-Normen ein rechtswirksamer Vertrag sei[212]) [213]), und auf der anderen Seite Nikisch, der aus der BetrO. auch für die vertraglos Beschäftigten Ansprüche herleiten will[214]); eine Mittelstellung nimmt Dersch[215]) ein, der zwar an dem Vorliegen eines Vertrages im allgemeinen festhält, aber in den §§ 26, 30 AOG. eine Ermächtigung für den Führer

210) Hueck Komm. § 30, 12 und 13.

211) Hueck Komm. Vorbem. 1 zu §§ 26 ff.

212) Hueck Komm. Vorbem. 1 zu § 26 und § 30, 9.

213) Allerdings sollen hiervon „praktisch" Ausnahmen bestehen, Hueck a.a.O. Denn bei nichtigem Vertrage gebe es zwei Möglichkeiten:

a) nur die Lohnabrede ist nichtig; dann bleibt ein Vertrag übrig und in die Lücke treten die BetrO-Normen. Hierzu vgl. die Bedenken oben S. 19, wo in die Lücke § 612 treten sollte.

b) Im übrigen ist der Anspruch aus § 812 der Höhe nach gleich dem BetrO Lohn. Das ist zweifelhaft; zudem fehlt der Lohnschutz.

214) Nikisch AOG S. 48 f. und JW 35, 1201; ebenso: Zimmer a.a.O. S. 39; Siebert DArbR 1937, 47.

215) Dersch Komm. § 26, 4 c.

des Betriebes als normenschaffende Stelle sieht, auch vertraglose, d. h. fehlerhafte Arbeitsverhältnisse ausdrücklich in die Normengeltung einzubeziehen, soweit er dies für zweckmäßig hält, z. B. bezüglich des Arbeitsentgelts.

Für die Auslegung des Gesetzes ist § 30 AOG. heranzuziehen. Dieser lautet:

„Die Bestimmungen der Betriebsordnung sind für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich."

Betriebsangehörige sind zunächst einmal nach übereinstimmender Ansicht alle Beschäftigten in einem Betriebe, die einen gültigen Vertrag abgeschlossen haben und wirksam in den Betrieb eingeordnet sind[216]). Ein gültiger Vertrag allein genügt nicht, es muß die Einordnung in den Betrieb stattgefunden haben; denn ein Arbeitnehmer, der auf Grund eines gültigen Vertrages nicht in den Betrieb eintritt, kann nicht als Betriebsangehöriger angesprochen werden. Andererseits hört die Betriebsangehörigkeit trotz Weiterbestehens des Vertrages auf, wenn der Arbeiter aus dem Betriebe entlassen ist, d. h. wenn er endgültig nicht mehr im Betriebe tätig ist[217]). Der entscheidende Teil ist daher schon, wenn ein Vertrag vorliegt, nicht dieser, sondern die Einordnung in den Betrieb. Das entspricht auch dem oben entwickelten Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines Betriebszugehörigkeitsverhältnisses. Aber auch ein Minderjähriger oder ein zu wucherischem Lohn Angestellter, der in dem Betrieb auf Grund einer wirksamen Einordnung tätig ist, ist als Mitglied des Betriebes anzusehen. Wie er in weitgehendem Maße den übrigen arbeitsrechtrechtlichen Normen unterliegt, die lediglich an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, so muß er auch der BetrO. unterliegen, u. a. also auch die Rechte aus der BetrO. geltend machen können. Man kann daher nicht zwischen BetrO. und dem Beschäftigten als verbindende Brücke einen gültigen Vertrag verlangen, weil das wieder zu einem Eingehen der Normen der BetrO. in das Arbeitsverhältnis führen würde. Nach § 30 AOG. ergibt sich vielmehr, daß der Tatbestand, an den das Gesetz die Rechtsfolgen der BetrG. anknüpft, die Betriebszugehörigkeit in dem Sinne ist, daß eine wirksame Einordnung des Arbeitnehmers in den Betrieb genügt. Wenn Dersch dazu sagt, § 30 AOG. gebe nur eine fakultative Ermächtigung an den Führer des Betriebes, Normen zu schaffen, indem er die Wirkung der BetrO. ausdrücklich auf vertraglose Arbeitsverhältnisse erstreckt, so liegt darin nur zum Teil die oben gefolgerte Stellungnahme. § 30 AOG. stellt es dem Führer des Betriebes nach richtiger Ansicht nicht frei, ob er der BetrO. diese Normenwirkung beilegen will, sondern bestimmt, daß die ordnungsmäßig erlassene BetrO. ipso iure Normenwirkung hat. Wenn ein Betriebsführer die Wirkung der BetrO. auf vertragliche Arbeitsverhältnisse beschränken wollte, so wäre eine solche

216) Mansfeld Komm. § 30, 2 c; Hueck Komm. § 30, 9; Dersch Komm. § 26, 4 c.

217) LAG Dortmund 20. 11. 36 ArbRSamml. 28, 152.

Bestimmung ein Verstoß gegen § 30 AOG. und als solche unwirksam[218]). Der falsche Ausgangspunkt Derschs liegt darin, daß er die Rechtswirkung der BetrO. aus § 27 AOG. herleitet und unter „Arbeitsverhältnis" nur ein vertraglich begründetes versteht, während die Rechtswirkung der BetrO. vielmehr in § 30 AOG. niedergelegt ist.

Nicht nur die Auslegung des § 30 AOG. führt zu diesem Ergebnis, auch eine Betrachtung des Inhalts der BetrO. macht deutlich, daß nur Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit ohne Rücksicht auf den Vertrag dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Eine BetrO. enthält im Gegensatz zu der früheren Arbeitsordnung der GewO.[219]) — aber in Übereinstimmung mit der Betriebsordnung des Betriebsrätegesetzes — außer den sog. Ordnungsvorschriften auch materielle Arbeitsbedingungen. Die Ordnungsvorschriften gelten ohne Zweifel auch für solche Arbeitnehmer, die ohne gültigen Vertrag eingeordnet sind[220]), denn z. B. die Einteilung der Arbeitspausen oder ein Rauchverbot sind auch für diejenigen rechtsverbindlich, die ohne Vertrag arbeiten. Das AOG. trifft in § 27 AOG. aber weder eine Unterscheidung zwischen Ordnungsvorschriften und Arbeitsbedingungen, noch ist eine genaue Grenze erkennbar. Daher ist eine Trennung der BetrO.-Normen in solche, die einen Vertrag voraussetzen und andere, die an die tatsächliche Betriebszugehörigkeit anknüpfen, nicht möglich und nicht vom Gesetzgeber gewollt[221]). Als Grundlage der BetrO. muß vielmehr die allen Arbeitsverhältnissen gemeinsame Betriebszugehörigkeit angesehen werden[222]).

Der Arbeitnehmer, der in einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis steht, unterliegt daher genau so der BetrO. wie alle anderen Betriebsangehörigen, wenn eine solche gesetzlich vorgeschrieben und vorhanden ist. Der Lohnanspruch ist, wenn nichts besonderes vereinbart oder die Vereinbarung nichtig ist, ein gesetzlicher Geldanspruch aus der BetrO., der seine rechtliche Geltungskraft in § 30 AOG. hat. Er knüpft im Tatbestand an die Betriebszugehörigkeit an: der Arbeitnehmer kann daher, wenn er beweist, daß er wirksam eingeordnet ist, den Lohn der BetrO. für geleistete Arbeit verlangen[223]).

§ 11 Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag, wenn eine Tarifordnung vorliegt.

Eine BetrO. mit den in § 30 AOG. festgelegten Rechtswirkungen kann nur dann erlassen werden, wenn es sich um einen Betrieb mit mindestens 20 Beschäftigten handelt. Die Zahl dieser Betriebe ist

218) Zimmer a.a.O. S. 39.

219) deren Beschränkungen in der Praxis allerdings nicht eingehalten wurden. Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz Vorb. 2 zu §§ 26.

220) Nikisch JW 35, 1291.

221) Nikisch a.a.O. S. 48.

222) Hueck, der am Vorliegen eines gültigen Vertrages festhält, muß das sogar zugeben im Hinblick auf etwaige Abschlußnormen in der BetrO. macht also eine Teilung in der Rechtswirkung der BetrO. Komm. § 30, 5 und 41.

223) So auch Siebert JW 37, 1107 Text und Anm. 28.

niedrig im Verhältnis zu den sog. Kleinbetrieben [224]), wenn auch die Beschäftigtenzahl manchmal sehr hoch ist. Es bleiben daher eine große Anzahl von Arbeitsverhältnissen, die keiner BetrO. unterliegen. Da sowohl in den Kleinbetrieben wie auch in den Betrieben mit BetrO. das Bedürfnis nach allgemeiner hoheitlicher Regelung der Arbeitsverhältnisse zum Schutze einer Gruppe von Beschäftigten eintreten kann, ist dem Reichstreuhänder der Arbeit in § 32 Abs. 2 AOG. die Befugnis gegeben, eine Tarifordnung zu erlassen. Auch die TarifO. ist materielles Recht, und zwar eine Rechtsverordnung, und wirkt daher in gleicher Weise auf die Arbeitsverhältnisse ein wie die BetrO.

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Entgeltsanspruches aus der TarifO. ist wiederum, daß die TarifO. Bestimmungen über die Lohnhöhe enthält. § 32 Abs. 2 AOG. spricht nur von Mindestbedingungen zur Regelung der Arbeitsverhältnisse. Hierin können Festsetzungen über Löhne eingeschlossen sein, sie sind aber nicht obligatorischer Inhalt der TarifO. Weil auf dem Gebiete der Lohnfestsetzung die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer aber am größten ist, bildet die Lohnregelung in der Praxis der Tarifordnungen den Kernpunkt der Tarifordnungen [225]) [226]).

Es ist heute unbestritten, daß die TarifO. im Gegensatz zum Tarifvertrag und zum für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag eine Rechtsverordnung ist [227]). Sie wird vom Reichstreuhänder der Arbeit als einer staatlichen Behörde einseitig erlassen und ist daher ein Staatshoheitsakt. Ihre Normen sind nach § 32 AOG. zwingend und unabdingbar; anders als die BetrO. enthält die TarifO. jedoch staatliches Recht, weil sie von einer staatlichen Stelle erlassen wird.

Die Frage, ob die Normen der TarifO. an das Betriebszugehörigkeitsverhältnis anknüpfen, ist daher dieselbe wie bei der BetrO. Alles oben Gesagte kann hier gelten; eine Besonderheit ergibt sich aber

---

224) Nach einer Schätzung des Reichsarbeitsministeriums bildet die Zahl der betriebsordnungspflichtigen Betriebe nur 2 % aller Betriebe im Sinne des AOG. Das Ergebnis ist auf folgendem Wege gefunden: Nach der amtlichen Betriebszählung von 1933 steht fest, daß von insgesamt 3 541 809 Betrieben 3 411 561 Betriebe bis zu 9 Gefolgschaftsmitglieder beschäftigen. Man kann weiter annehmen, daß von den 130 248 Betrieben, in denen 10 und mehr Gefolgschaftsmitglieder (Niederlassungen mit 11 und mehr Personen) tätig sind, rund die Hälfte auf die Betriebe entfällt, die 20 und mehr Gefolgschaftsmitglieder beschäftigen. Danach kann man schätzen, daß von den 3 541 809 Betrieben rund 3 475 000 Betriebe (98 %) mit weniger als 20 Gefolgschaftsmitgliedern arbeiten. Genaue Zahlen wird voraussichtlich erst die für 1938 in Aussicht genommene allgemeine Betriebszählung liefern.

225) Vgl. Ganser, Die TarifO nach dem AOG S. 17.

226) Ein Blick in den Teil VI des RArbBlattes zeigt, daß, sofern es sich nicht um SpezialtarifO über Urlaub etc. handelt, immer die Lohnhöhe festgesetzt wird.

227) Mansfeld Komm. § 32, 8; Dersch Komm. §32, 4 b; Dersch DArbR 34, 63; Hueck Komm. § 32, 118; Herschel, ArbR u. Volkst. 34, 63; Nikisch AOG S. 58; Westermann NSSozPol. 34, 239 ff.; RAG 21. 9. 35 140/35 ArbR-Samml. 25, 100; RAG 27. 1. 37 195/36 ArbRSamml. 29, 136; LAG Kassel 7. 4. 37. 8/37 Samml. 29, 128 (LAG).

daraus, daß die Fassung des § 32 eine andere ist als bei der BetrO. Es heißt dort:

„Die Bestimmungen der Tarifordnung sind für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse[228]) als Mindestbedingungen rechtsverbindlich."

Hueck[229]) folgert daraus, daß es sich um ein rechtswirksames Arbeitsverhältnis handeln muß, d. h. ein solches, das auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht. Für diese Auslegung des Wortes „Arbeitsverhältnis" im AOG. besteht aber kein zwingender Anlaß[230]). Nikisch weist mit Recht darauf hin, daß das Gesetz es vermeidet, „Arbeitsvertrag" zu sagen, und daß man unter Arbeitsverhältnis im AOG. ebensogut das vertraglose Betriebszugehörigkeitsverhältnis verstehen könne[231]). Wichtiger als die Auslegung des Gesetzeswortlauts ist jedoch die Betrachtung der TarifO. im Zusammenhang des AOG. und der übrigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Hier sind es außer den oben angeführten Gründen vor allem zwei Gesichtspunkte, die zu dem Ergebnis führen, daß auch die TarifO. ihre Rechtsfolgen an das bloße Betriebszugehörigkeitsverhältnis als Tatbestand anknüpft:

Auf der einen Seite verlangt es die Natur der TarifO. als einer Schutznorm, daß sie unabhängig vom Vorliegen eines Vertrages auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt. Man könnte hier an folgenden Fall denken: In einem Betriebe wird zu Wucherlöhnen gearbeitet; zum Schutze der Beschäftigten wird daher vom Reichstreuhänder der Arbeit eine TarifO. mit festen Lohnsätzen erlassen. Wenn der Unternehmer nun ohne Rücksicht auf die TarifO. weiterhin die wucherischen Löhne vereinbart und zahlt, so könnte diese TarifO. unter der Voraussetzung, daß sie nur an einen gültigen Vertrag anknüpft, keine Anwendung finden. Der Hinweis, daß die TarifO. nach § 32 Abs. 2 AOG. sog. automatische Wirkung habe, d. h. daß an die Stelle von Wucherlöhnen der Tariflohn trete, ist gerade ein Beweis dafür, daß sie nicht an den Vertrag anknüpfen kann. Denn im obigen Tatbestand ist der ganze Vertrag nach § 138 Abs. 2 BGB. nichtig, nicht nur die Lohnabrede, folglich muß nach der Lehre von der automatischen Wirkung die TarifO. schon an diesen Resttatbestand, d. h. an das vertraglose bzw. fehlerhafte Arbeitsverhältnis anknüpfen. Aus dem Zweck der BetrO. als Schutznorm wie aus dem Zusammenhang mit den übrigen Gesetzen, die den Schutz des Arbeitnehmers zum Ziele haben, ergibt sich, daß die TarifO. schon dann Anwendung findet, wenn eine gültige Einordnung in den Betrieb stattgefunden hat.

Andererseits verlangt der Zusammenhang mit der BetrO., daß die TarifO. rechtlich genau so behandelt wird. Der Betriebsangehörige darf bei Vorliegen einer TarifO. nicht anders gestellt werden

228) § 30: „für die Betriebsangehörigen".
229) Hueck Komm. § 32, 152.
230) Nikisch AOG S. 59; Dersch Komm. 209, 211; Ganser a.a.O. S. 23; Zimmer a.a.O. S. 40.
231) Nikisch a.a.O.

als bei der BetrO. Für die BetrO. ergab sich schon aus dem Wortlaut des § 30 AOG., daß ein Arbeitsvertrag nicht zum Tatbestand ihrer Rechtsvoraussetzungen gehört; es ist also bei § 30 AOG. ausdrücklich gesagt, daß die BetrO. nur an das Betriebszugehörigkeitsverhältnis ohne Rücksicht auf den Vertrag anknüpft. § 32 AOG. läßt diese Frage offen; weil aber BetrO. und TarifO. innerlich wesensverwandt sind, muß dasselbe auch für die TarifO. gelten. Das bedeutet, daß die TarifO. auf alle Arbeitsverhältnisse einschließlich der fehlerhaften, d. h. derjenigen, die keinen gültigen Vertrag zugrunde liegen haben, Anwendung findet[232]). Wer wirksam in den Betrieb eingeordnet ist, kann daher den gesetzlichen Lohnanspruch aus der TarifO. geltend machen, auch wenn er in einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis steht.

§ 12. Arbeitsentgelt bei unwirksamem Arbeitsvertrag, wenn Betriebsordnung und Tarifordnung fehlen.

Während das AOG. jedem Betriebsangehörigen, der in den Betrieb eingeordnet ist, einen Lohnanspruch gibt, wenn eine BetrO. oder TarifO. besteht, fehlt eine ähnliche Regelung für die Arbeitsverhältnisse, die weder einer BetrO. noch einer TarifO. unterliegen. Hier bleibt der Arbeitnehmer auch nach der Meinung von Nikisch auf einen vertraglichen Anspruch angewiesen, bei fehlerhaftem Arbeitsverhältnis folglich auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung[233]). Fälle dieser Art sind selten[234]); es handelt sich dabei vor allem um die Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben, die keiner TarifO. unterliegen[235]).

Trotzdem die Zahl der praktischen Fälle gering ist, dürfen sie nicht außer acht gelassen werden, denn — worauf Siebert[236]) mit Recht hinweist — gerade diese kranken Fälle kommen vor die Gerichte. Es geht auch nicht an, den Lohnanspruch des Arbeitnehmers von dem mehr oder weniger zufälligen Vorhandensein einer BetrO. oder TarifO. abhängig zu machen, d. h. bei Nichtvorhandensein einer solchen normativen Regelung den Arbeitnehmer auf den Anspruch

---

232) Zum selben Ergebnis kommt Roeder bei der Betrachtung des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses in ZAkfDR 37, 340.

233) Nikisch JW 35, 1290 ff.

234) Siebert DArbR 37, 47.

235) Außer diesen kommen noch folgende wenig praktischen Fälle in Betracht:

a) Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben, die zwar einer TarifO unterliegen, die jedoch keine Lohnfestsetzung enthält,

b) Arbeitsverhältnisse in Großbetrieben, in denen weder eine TarifO noch die BetriebsO Lohnbestimmungen enthält.

Im Interesse der Klarheit der Darstellung werden sie nicht weiter erwähnt; für sie gilt dasselbe wie für die oben behandelten Tatbestände.

236) Siebert DArbR 37, 47.

aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verweisen; vielmehr kann die Frage des Arbeitsentgelts bei unwirksamem Arbeitsvertrag nur einheitlich gelöst werden [237]).

Die Untersuchung geht also davon aus, daß eine Lücke im Gesetz besteht, zu deren Ausfüllung ein dringendes Bedürfnis vorhanden ist. Daß eine Lücke vorliegt, wird verschiedentlich, zunächst von Siebert, bestritten [238]). Er gibt dem Arbeitnehmer, der in den Betrieb eingeordnet ist, aber keinen gültigen Vertrag geschlossen hat, einen Lohnanspruch direkt aus § 2 Abs. 2 AOG.[239]). Die gegenseitige Treuepflicht als Grundpfeiler des Arbeitsverhältnisses sei nicht nur ein ethisches Prinzip, sondern durch § 2 Abs. 2 AOG. zum Inhalt und vor allem zum Rechtsgrund des Arbeitsverhältnisses geworden. Während Siebert ursprünglich jeden Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis auf § 2 Abs. 2 AOG. stützte [240]), beschränkt er dies heute auf die Fälle, in denen konkrete, durch BetrO. oder TarifO. fixierte Ansprüche nicht vorliegen, auf den sog. normenfreien [241]) Raum [242]). Dem Einwand, daß hierdurch ein Zustand größter Rechtsunsicherheit geschaffen würde [243]), hält er entgegen, daß auch auf anderen Gebieten schon seit längerem fest bestimmte Ansprüche aus sog. Generalklauseln abgeleitet werden [244]). Im übrigen sei es Aufgabe der Rechtsprechung, eine gerechte und allgemeingültige Begrenzung dieser Ansprüche aus § 2 Abs. 2 AOG. zu finden.

Die Rechtsprechung hat es jedoch bisher ebenso wie das Schrifttum überwiegend abgelehnt, aus § 2 Abs. 2 AOG. direkte Ansprüche herzuleiten [245]). Der Grund dafür ist der von Mansfeld angeführte Mangel der Rechtssicherheit und das Bestreben, die Generalklausel des § 2 Abs. 2 AOG. gemäß ihrer gesetzlichen Bestimmung als inhaltliche Gestaltungsnorm, nicht aber als Anspruchsgrundlage anzuwenden. Die Lehre Sieberts von der Treue als der causa aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die er vor allem auf die alte deutschrechtliche Gestaltung stützt, erscheint zudem unter rechtshistorischem Gesichtspunkt nach den eingehenden Untersuchungen

---

237) Hueck Komm. Vorbem. 1 zu § 26.
238) Siebert DArbR 37, 47.
239) Siebert a.a.O. S. 100 ff., DArbR 37, 47 und JW 37, 1107.
240) Siebert S. 100 ff. und NSSozPol. 35, 331 ff.
241) Rhode ZAkfDR 36, 373.
242) Siebert DArbR 37, 47.
243) Mansfeld DArbR 36, 27 und 36, 120.
244) Siebert a.a.O. S. 57 f. (§§ 157, 242 BGB).
245) aus der Rechtsprechung: RAG 23. 3. 35 264/34 ArbR-Samml. 23, 170; RAG 5. 2. 36 250/35 ArbRSamml. 26, 175; a. A. Gelsenkirchen 20. 5. 36 87/36 S. 27, 91. Das Urteil RAG 8. 8. 36 79/36 Samml. 28, 56 verwendet § 2 Abs. 2 AOG mit § 812 und § 612 als „allgemeinen Grundgedanken". Der Verkoppelung von § 812 und § 2 Abs. 2 AOG muß indessen ebenso widersprochen werden, wie der von §§ 812 und 612 BGB. Vgl. dazu S. 19 der Abhandlung und Siebert JW 37, 1108; aus dem Schrifttum: Mansfeld JW 36, 481; Mansfeld ZAkfDR 35, 906; Dersch ZAkfDR 36, 1034 f.; früher sogar Siebert DR 34, 537 ff. selbst! a. A.: Rhode ZAkfDR 36, 371 ff.; Schoan ZAkfDR 36, 710; Müller, NSSozPol. 36, 333; Grussendorf AOG S. 19.

Ebels[246]) über den mittelalterlichen Arbeitsvertrag und den Treudienstvertrag des deutschen Rechts nicht mehr als ganz stichhaltig. Danach geht der heutige Arbeitsvertrag nicht, wie Gierke[247]) sagt, auf ein personenrechtliches Treudienstverhältnis zurück, sondern auf einen schuldrechtlichen Vertrag. Das Prinzip der Treue im Arbeitsverhältnis war daher nicht etwas Eigenartiges gegenüber den anderen Verträgen, sondern bildete ebenso wie in allen deutschrechtlichen Verträgen die oberste Gestaltungsnorm. Aus demselben Grunde kann auch heute die gegenseitige Treuepflicht nicht als Rechtsgrundlage, als causa des Lohnanspruchs im technischen Sinne angesehen werden, sie ist vielmehr durch § 2 Abs. 2 AOG. zum Inhalt und zur sittlichen Gestaltungsnorm des Arbeitsverhältnisses geworden.

Während Siebert den Lohnanspruch bei Fehlen von BetrO. und TarifO. aus § 2 Abs. 2 AOG. herleitet, vertritt Zimmer[248]) die Ansicht, die §§ 30, 32 enthielten einen generellen gesetzlichen Geldanspruch auf Grund der tatsächlichen Arbeitsleistung in einem Betrieb. Dieser neue gesetzliche Anspruch sei in den §§ 30, 32 AOG. indessen nur dem Grunde nach festgelegt, während BetrO. und TarifO. jeweils die Höhe bestimmten. Für die Fälle, in denen eine dieser normativen Regelungen fehle, müsse daher die Höhe des Anspruchs nach dem Gesichtspunkt eines angemessenen Lohnes berechnet werden. Die §§ 30, 32 AOG. haben aber nicht generell einen gesetzlichen Schuldgrund geschaffen, sondern beschränken sich auf die Fälle, in denen eine BetrO. oder TarifO. vorliegt. Diese Beschränkung hat Zimmer nicht berücksichtigt. Arbeitsverhältnisse, die weder einer BetrO. noch einer TarifO. unterliegen, sind von den §§ 30, 32 AOG. nicht erfaßt; der Entgeltanspruch ist für sie also nicht dem Grunde nach gesetzlich festgelegt, sondern überhaupt nicht getroffen. —

Es besteht daher tatsächlich eine Lücke im Gesetz. Das AOG. verbindet in Übereinstimmung mit den Vorschriften der Sozialversicherung, des Arbeiterschutzes, des Kündigungsschutzes, der Urlaubsregelung u. a. m. seine gesetzlichen Rechtsfolgen mit der Einordnung in den Betrieb, gewährt die Rechtsfolgen der BetrO. und TarifO. z. B. auch dem Arbeitnehmer, der in einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis steht. Bei Vorliegen von BetrO. oder TarifO. kann der vertraglos Beschäftigte folglich einen Lohnanspruch für geleistete Arbeit geltend machen. Man kann daher vom Standpunkt einer gerechten Regelung den Arbeitnehmer, der sich nicht auf eine BetrO. oder TarifO. berufen kann, mangels eines gültigen Vertrages nicht auf den unsicheren Anspruch aus §§ 812 ff. BGB. verweisen. Es besteht vielmehr ein dringendes Bedürfnis, diese Lücke im Sinne des AOG. auszufüllen.

246) Ebel, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im Mittelalter S. 112; Ebel, Zum Ursprung des Arbeitsvertrages; ZStaatsW 36, 319 ff.; Ihm zustimmend Oppermann JW 35, 1335.

247) Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages.

248) Zimmer, Arbeitsvertrag und Einordnung in die Betriebsgemeinschaft, Breslauer Diss. 1935.

Hierfür ergibt sich eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 32 AOG.

Aufgabe der entsprechenden Anwendung — der Analogie — ist es, Tatbestände, die nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, im Geiste einer ähnlichen Rechtsvorschrift oder einer Gruppe von Normen zu regeln. Jedes Gesetz knüpft an Tatbestände des Lebens seine Rechtsfolgen an. Weil hierbei eine völlig erschöpfende Aufzählung der Lebenstatbestände im Gesetz nicht möglich, oft auch nicht gewollt ist, ergeben sich Lücken, in denen entweder absichtlich oder unabsichtlich die sonst gefolgerte Rechtsfolge nicht gegeben wird. Stellt sich aber ein dringendes Bedürfnis heraus, diese vom Gesetz nicht getroffenen Tatbestände ebenso zu regeln wie die im Gesetz niedergelegten, so besteht die Möglichkeit einer analogen Anwendung der gesetzlichen Norm, wenn der Grundgedanke des gesetzlichen Falles auch für den nicht geregelten Gültigkeit besitzt[249]). Im Falle einer solchen Ähnlichkeit der Interessenlage ist eine Analogie nicht nur möglich, sondern sogar rechtlich geboten.

Der gesetzlich geregelte Tatbestand, dessen analoge Anwendung hier in Frage steht, ist: Arbeitsleistung in einem Betrieb im Sinne des AOG. ohne wirksamen Vertrag und Vorhandensein einer BetrO. oder TarifO. An diesen Tatbestand knüpfen die §§ 30, 32 AOG. einen vollwertigen Mindestlohnanspruch an. Der Tatbestand, der hier analog dieselbe Rechtsfolge erhalten soll, ist dagegen: Arbeitsleistung in einem Betrieb ohne gültigen Vertrag, wenn BetrO. und TarifO. fehlen.

Der Grundgedanke, der §§ 30, 32 AOG. zugrunde liegt, ist, jedem Arbeiter einen Mindestlohn für seine Arbeit zu sichern, der die gleiche Höhe hat wie der Lohn eines gleichen Arbeiters. Diese gleiche Entlohnung ist eine der wesentlichsten Voraussetzungen der Betriebsgemeinschaft, denn die Differenzierung in der Arbeitsleistung der einzelnen Arbeiter ist bei einfacher Arbeit tatsächlich nicht so groß, daß sie nennenswert, und ohne das gegenseitige Vertrauen und das Gerechtigkeitsgefühl zu erschüttern, in der Lohnfestsetzung zum Ausdruck kommen kann. Wenn daher in einem Betriebe außerhalb der TarifO. die Löhne festgesetzt werden, oder wenn anstelle der Tariflöhne ein höheres Entgelt gezahlt wird, so ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß alle Arbeiter, die gleiche Arbeit leisten, denselben Lohn erhalten. Nipperdey nennt dies Prinzip treffend das „Ordnungsprinzip im Arbeitsrecht“[250]). Es erschien dem Gesetzgeber zweifellos als eine der wesentlichsten Voraussetzungen der Betriebsgemeinschaft, weil er es sowohl bei der BetrO. als auch bei der TarifO. ausdrücklich festgelegt hat.

---

249) Oder wie Lehmann, Allg. Teil BGB, S. 59 sagt: „daß die gattungsmäßige Interessenlage des zu entscheidenden Falles, der von der zu erstreckenden Regel nicht erfaßt wird, mit dem Tatbestand dieser Regel die Stücke gemeinsam hat, die für die Anknüpfung der Wirkungen wesentlich sind“.

250) Nipperdey, Festschrift f. Lehmann S. 259.

Diese Gleichbehandlung gleicher Fälle hinsichtlich der Entlohnung würde aber durchbrochen, wenn bei Fehlen von BetrO. oder TarifO. der Arbeitnehmer auf einen Bereicherungsanspruch angewiesen wäre. Der Anspruch aus § 812 BGB. richtet sich nicht nach dem im Betriebe üblichen oder in ähnlichen Betrieben gebräuchlichen Mindestlohn, sondern nach dem, was der Unternehmer erhalten hat und noch besitzt. Die Regel der §§ 30, 32 AOG. muß daher auf diese Fälle ausgedehnt werden. Entsprechend dem § 30 AOG., der lautet:

> "Die Bestimmungen der Betriebsordnung sind für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich",

und dem § 32 AOG.:

> „Die Bestimmungen der Tarifordnung sind für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen rechtsverbindlich",

kann daher eine Analogie gebildet werden, deren gesetzliche Formulierung etwa lauten würde:

> „Der betriebs- bzw. fachübliche Lohn ist für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingung rechtsverbindlich".

Die Folge der Analogie zu §§ 30, 32 AOG. ist, daß auch bei Fehlen von BetrO. und TarifO. der Arbeitnehmer, der in einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis steht, einen Lohnanspruch für geleistete Arbeit geltend machen kann, weil unter Betriebsangehörigen alle Arbeitnehmer, die wirksam eingeordnet sind, verstanden werden. Es handelt sich dabei natürlich nur um den betriebsüblichen Mindestlohn[251]), nicht um den in dem nichtigen Vertrag vereinbarten, wenn sich beide auch in der Regel decken werden. Denn auch die BetrO. gibt bei fehlerhaftem Arbeitsverhältnis nur den in ihr festgesetzten, nicht einen etwa vertraglich vereinbarten höheren Lohn, weil der Lohn der BetrO. ausdrücklich als Mindestlohn bezeichnet ist und ein Leistungslohn besonders vereinbart sein muß. Dies Ergebnis entspricht den Grundsätzen des AOG., die Nipperdey[252]) treffend mit „Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip" gekennzeichnet hat. Es ist richtig, eine besondere Lohnvereinbarung im Sinne des Leistungsprinzips von einer rechtsgeschäftlich gültigen Abmachung, d. h. von einem in jedem Punkte gültigen Vertrage abhängig zu machen. Im gleichen Maße erfordert es aber die Gerechtigkeit, daß, wenn einmal eine Einordnung in den Betrieb und eine tatsächliche Arbeitsleistung stattgefunden hat, bei der der Arbeitnehmer der Ordnung des Betriebes in jeder Weise unterlag, er auch für die im Betrieb geleistete Arbeit den betriebsüblichen Lohn als Ordnungslohn erhält[253]). Das ist nun durch die §§ 30, 32 AOG. und durch die Analogie zu §§ 30, 32 AOG. gewährleistet.

---

251) Betriebsüblich ist der Lohn, der durch lange Übung oder generelle Handhabung in einem Betriebe gegeben wird, in Ermangelung beider Elemente der fach- oder ortsübliche Lohn.

252) Nipperdey, Festschrift für Lehmann S. 257 ff.

253) Dieser Entgeltungsanspruch unterscheidet sich von dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung praktisch dadurch, daß er in der Höhe

§ 13. Bedenken und Kritik.

Es fehlt nicht an Bedenken gegenüber dem Ergebnis, dem in einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer in jedem Falle eines nichtigen rechtsgeschäftlichen Vertrages einen echten Lohnanspruch zu geben. So sehr es hinsichtlich der Fälle der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit, Formmangels u. a. begrüßt wird, habe diese generelle Regelung bei Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten die unerwünschte Folge, daß man den Arbeitnehmer, der gesetz- oder sittenwidrige Arbeit leiste, obendrein noch dafür belohne[254]). Die Achtung vor dem Gesetz verlange, daß ein Arbeitnehmer, der sich entgegen einem gesetzlichen Verbot beschäftigen ließe, keinen Lohnanspruch bekomme[255]).

Bei näherer Betrachtung scheiden aus dem beanstandeten Gebiet aber die gesetzlichen Verbote aus, die Arbeitszeitvorschriften, Arbeiterschutzbestimmungen und Arbeitseinsatzbestimmungen betreffen. In diesen Fällen dem Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch geben, hieße in Wirklichkeit den Unternehmer belohnen, denn er würde billige Arbeit erhalten, obwohl auch er — und wahrscheinlich er besser — die betr. Verbote kennt. Der Grundsatz des § 817 BGB., daß bei beiderseitigem Sittenverstoß derjenige das bessere Recht hat, der die Leistung schon erhalten hat, paßt im Arbeitsrecht nicht, zumal er sich in der Regel auch nur zugunsten des Unternehmers auswirken kann. Siebert[256]) weist mit Recht darauf hin, daß diese Verstöße nicht so schwer sind, daß sie die Entstehung eines Treueverhältnisses und eines Betriebszugehörigkeitsverhältnisses verhinderten. Wenn ein solches Arbeitsverhältnis aber einmal vorgelegen hat, steht dem Arbeitnehmer auch ein echter Lohnanspruch zu. Die Mißbilligung des Verhaltens wird in solchen Fällen viel wirksamer und gerechter durch strafrechtliche und ehrenrechtliche Ahndung zum Ausdruck gebracht[257]).

Anders ist es allerdings bei den gesetzlichen Verboten, die Strafgesetze betreffen, und bei den Verstößen gegen die guten Sitten. Man denkt dabei vor allem an Verbrechen, Prostitution, Schmuggel u. a. m.[258]); meist sind die Verstöße gegen das StGB. auch sittenwidrige Arbeitsverträge. Bei derartiger sittenwidriger Arbeit einen einklagbaren Anspruch auf Lohn zu geben, widerspricht gewiß unserem Rechtsempfinden[259]). Dazu scheint mir aber eine Ausnahme von

---

fixiert ist, daß sich der Unternehmer nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, und vor allem, daß er als echter Lohnanspruch den Lohnschutz genießt.

254) Hueck Komm. Vorb. 1 zu § 26 — Richter, Grundverhältnisse S. 75 — Zimmer a.a.O. S. 41.

255) Hueck in Molitor-Hueck-Riezler a.a.O. S. 150 f.

256) Siebert a.a.O. S. 93 ff.

257) so schon Kaskel-Dersch a.a.O. S. 164; Siebert a.a.O. S. 98 und DArbR 36, 10; Nikisch JW 35, 1291.

258) Lotmar I, 111; Bodmann, ArbR 25, 805.

259) Potthoff, JW 21, 1285 ff.; Siebert JW 37, 1108; Zinkann S. 40; § 52 Entwurf 1923 gibt hier auch keinen Anspruch!

dem obigen Ergebnis nicht erforderlich. Es ist vielmehr von einem neuen Begriff der Arbeit auszugehen. Wenn Siebert[260]) in diesen Fällen mit Recht das Vorliegen eines Treue- und Gemeinschaftsverhältnisses verneint, so muß m. E. weiterhin geprüft werden, ob überhaupt noch „Arbeit" im rechtlichen Sinne vorliegt[261]). Das ist für die oben genannten Tatbestände zu verneinen[262]). Ferner kann nicht angenommen werden, daß in den Fällen derartiger sitten- und strafrechtswidriger Arbeit ein Betrieb im Sinne des Arbeitsordnungsgesetzes vorhanden ist. Es handelt sich vielmehr um Tatbestände, die vom Arbeitsrecht überhaupt nicht erfaßt werden und daher nicht als Voraussetzung für irgendwelche arbeitsrechtlichen Wirkung, sei es des Arbeitsschutzrechtes, der Sozialversicherung oder einer privatrechtlichen Rechtsfolge, dienen können[263]).

---

260) es handelt sich um die Fälle des sog. totalen Sittenverstoßes, vgl. S. 94 a.a.O.

261) So schon Lotmar I, 111: „Von der rechtswidrigen Arbeit ist selbstverständlich diejenige menschliche Tätigkeit ausgeschlossen, welche garnicht als Arbeit angesprochen werden kann, weil sie schon den positiven Erfordernissen der Arbeit nicht entspricht."

262) entgegen den in dieser Hinsicht aufschlußreichen Ausführungen Bodmanns, ArbR 25, 803, der die Prostitution als Arbeit im volkswirtschaftlichen und rechtlichen Sinne bezeichnet.

263) Daher werden sie auch von der Sozialversicherung, die sonst sehr weitgehend in der Berücksichtigung der vertraglosen Beschäftigung geht, ignoriert. Vgl. Anleitung über den Kreis der nach RVO versicherten Personen, oben S. 34.

LEBENSLAUF

Ich, Kurt Kühnel, wurde am 19. 4. 1914 als Sohn des Fabrikdirektors Paul Kühnel und seiner Ehefrau Annchen geb. Brand in Krefeld geboren. Nach Besuch der Volksschule, der Realschule und des Realgymnasiums zu Krefeld bestand ich an der letzteren Schule am 9. März 1933 die Reifeprüfung. Im Sommer 1933 war ich ein halbes Jahr im freiwilligen Arbeitsdienst in Ostpreußen. Ich habe anschließend 3 Semester in Göttingen, 1 Semester in Königsberg Pr. und 2 Semester in Bonn Rechtswissenschaft studiert und bestand die erste juristische Staatsprüfung am 19. März 1937 am Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Köln mit „lobenswert". Am 11. Mai 1937 wurde ich zum Gerichtsreferendar beim Oberlandesgericht Düsseldorf ernannt und zunächst zur Anfertigung meiner Doktorarbeit beurlaubt. Das Thema der Arbeit ist von Herrn Geheimrat Prof. Dr. Rauch gestellt, die mündliche Prüfung fand am 20. Oktober 1937 statt.